
Bachelorarbeit

Arbeitsrechtliche Problemstellungen bei Mehrfachbeschäftigungen

**Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
School of Management and Law**

Frühlingssemester 2022

Verfasser:

Gianluca Levratti
18-676-791

Betreuerin:

Dr. Nicole Vögeli Galli

Abgabetermin: 25. Mai 2022

I Management Summary

Die in dieser Bachelorarbeit gewählte männliche Form (bspw. Arbeitgeber oder Arbeitnehmer) bezieht sich immer zugleich auf weibliche und männliche Personen.

Erwerbstätige gehen in der Schweiz immer öfter mehr als einer Beschäftigung nach. Die sogenannte Mehrfachbeschäftigung bietet den Arbeitnehmenden verschiedene Vorteile, nichtsdestotrotz können durch eine Mehrfachbeschäftigung aber auch zahlreiche arbeitsrechtliche Problemstellungen auftreten. Das Ziel der vorliegenden Bachelorarbeit ist es, aufzuzeigen, welche arbeitsrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung entstehen können. Um dieses Ziel zu erreichen, wurde der aktuelle Rechtszustand in der Schweiz abgebildet und analysiert.

Zu Beginn stellen sich die Fragen, wie eine Mehrfachbeschäftigung definiert wird und ob diese überhaupt zulässig ist. Eine Mehrfachbeschäftigung kann in verschiedenen Formen auftreten. Sie ist grundsätzlich zulässig, gibt es doch in keinem Gesetz eine Bestimmung, welche die Mehrfachbeschäftigung an sich verbietet. Die Mehrfachbeschäftigung darf jedoch nicht dazu führen, dass die arbeitsgesetzlichen Vorschriften nicht eingehalten werden.

Die Mehrfachbeschäftigung tangiert verschiedene Bereiche des Arbeitsrechts und es können durch eine Mehrfachbeschäftigung fraglos arbeitsrechtliche Bestimmungen verletzt werden oder zumindest Konfliktsituationen entstehen.

Zum einen kann die Mehrfachbeschäftigung in einem Spannungsverhältnis mit der gesetzlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers stehen. Eine Mehrfachbeschäftigung muss jedoch nicht zwingend zu einer Verletzung der Treuepflicht führen. Da die Treuepflicht des Arbeitnehmers sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann und es darauf ankommt, wie die verschiedenen Tätigkeiten miteinander zu vereinbaren sind, muss eine Einzelfallbeurteilung vorgenommen werden.

In Bezug auf die arbeitsgesetzlichen Vorschriften gilt es zu verhindern, dass aufgrund einer Mehrfachbeschäftigung die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten überschritten und die vorgeschriebenen Ruhezeiten nicht eingehalten werden.

Das in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers enthaltene Ferienrecht kann die bei einer Mehrfachbeschäftigung involvierten Parteien ebenso vor Herausforderungen stellen. Der Arbeitnehmer muss in allen Arbeitsverhältnissen gleichzeitig Ferien beziehen können,

um dem Erholungszweck der Ferien gerecht zu werden. Mit einer guten Koordination sollte sich jedoch dieses Problem in den meisten Fällen bewältigen lassen. Schwieriger wird es, wenn die verschiedenen Arbeitgeber des Mehrfachbeschäftigten für unterschiedliche Zeiträume Betriebsferien vorsehen und der Mehrfachbeschäftigte seine Ferien grundsätzlich während den angeordneten Betriebsferien zu beziehen hat.

Letztlich dürften zudem bei der Lohnfortzahlungspflicht infolge Arbeitsverhinderung des Mehrfachbeschäftigten Fragen auftreten. Insbesondere bei einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit stellen sich gewisse Sonderfragen. Hierbei gilt es zu erwähnen, dass keine generelle Arbeitsunfähigkeit existiert und die Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich für jedes Arbeitsverhältnis gesondert ermittelt werden muss.

Abschliessend kann gesagt werden, dass viele der arbeitsrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung durch vertragliche Regelungen bereits im Entstehen vermieden werden können. Zudem sind die Informationspflichten des Arbeitnehmers sehr bedeutend. Nimmt er diese wahr und informiert die Arbeitgeber über seine Mehrfachbeschäftigung, dürften sich ebenfalls viele Probleme verhindern lassen. Es bestehen jedoch auch ungelöste Problematiken, welche nicht durch vertragliche Regelungen, Koordination oder Kommunikation gelöst werden können.

II Inhaltsverzeichnis

I	Management Summary	II
II	Inhaltsverzeichnis	IV
III	Literaturverzeichnis	VII
IV	Materialienverzeichnis	IX
V	Judikaturverzeichnis	IX
VI	Abkürzungsverzeichnis	X
1	Einleitung	1
1.1	Problemstellung.....	1
1.2	Abgrenzungen.....	2
1.3	Praktische Relevanz.....	2
1.4	Zielsetzung und Methodik.....	3
1.5	Aufbau und Schwerpunkte der Arbeit.....	3
2	Grundlagen der Mehrfachbeschäftigung	5
2.1	Was ist eine «Mehrfachbeschäftigung»?.....	5
2.2	Formen der Mehrfachbeschäftigung.....	5
2.2.1	Mehrfach-Teilzeitarbeit.....	6
2.2.2	Vollzeitanstellung mit Nebenbeschäftigung.....	6
2.2.3	Kombination Arbeitsverhältnis mit unentgeltlicher Arbeit.....	7
2.2.4	Zwischenfazit.....	8
2.3	Zahlen und Fakten zur Mehrfachbeschäftigung.....	8
2.3.1	Mehrfachbeschäftigung nach Anzahl Beschäftigungen.....	8
2.3.2	Mehrfachbeschäftigung nach Geschlecht und Altersgruppen.....	9
2.3.3	Mehrfachbeschäftigung nach Bildungsstand.....	9
2.3.4	Mehrfachbeschäftigung nach ausgeübtem Beruf und Branchen.....	9
2.3.5	Mehrfachbeschäftigung nach Regionen.....	10
2.3.6	Erwerbsstatus der Erwerbstätigen.....	10
2.3.7	Arbeitsstunden.....	11
2.3.8	Vergleich zum Ausland.....	11
2.4	Beweggründe für eine Mehrfachbeschäftigung.....	11
3	Zulässigkeit Mehrfachbeschäftigung	12

4 Treuepflicht	14
4.1 Konkurrenzierung des Arbeitgebers.....	15
4.1.1 Entgeltliche Tätigkeit für einen Dritten.....	16
4.1.2 Unentgeltliche Tätigkeit für einen Dritten.....	18
4.1.3 Ausserdienstliche Pflichten	19
4.1.4 Freizeitbeschäftigungen und familiäre Pflichten	19
4.2 Geheimhaltungspflicht	20
4.3 Informationspflicht.....	21
4.4 Sanktionen bei einer Verletzung der Treuepflicht.....	22
4.5 Zwischenfazit und Anwendung auf die Mehrfachbeschäftigung.....	22
5 Arbeits- und Ruhezeit	24
5.1 Arbeitszeiteinteilung	24
5.2 Arbeitszeitveränderung	25
5.3 Überstundenarbeit	26
5.3.1 Notwendigkeit.....	28
5.3.2 Zumutbarkeit.....	28
5.4 Arbeitsschutzrecht	29
5.4.1 Höchstarbeitszeit.....	30
5.4.2 Überzeit.....	31
5.4.3 Ruhezeit	33
5.4.3.1 Pausen.....	33
5.4.3.2 Zeitraum der Arbeit und tägliche Ruhezeit	34
5.4.3.3 Ruhetag.....	34
5.4.3.4 Wöchentlicher freier Halbttag	35
5.5 Sanktionen bei Verletzung des Arbeitsgesetzes	35
5.6 Zwischenfazit und Anwendung auf die Mehrfachbeschäftigung.....	35
6 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	38
6.1 Freizeit.....	38
6.2 Ferien.....	38
6.3 Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers	40
6.4 Zwischenfazit und Anwendung auf die Mehrfachbeschäftigung.....	41
7 Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung	42
7.1 Voraussetzungen des Lohnfortzahlungsanspruchs.....	42
7.2 Umfang des Lohnfortzahlungsanspruchs	43

7.3	Teilweise Arbeitsunfähigkeit	44
7.3.1	Lohnfortzahlungsdauer bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit.....	44
7.3.2	Verwertung der Restarbeitsfähigkeit	45
7.3.3	Bei Teilzeitarbeit und Mehrfachbeschäftigung	45
7.3.4	Sonderfragen.....	47
7.4	Regress	48
7.5	Zwischenfazit und Anwendung auf die Mehrfachbeschäftigung.....	49
8	Schlussteil	51

III Literaturverzeichnis

BONER WILHELM, Teilzeitarbeit, in: Rehbinder Manfred (Hrsg.), Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 24, Bern 1985.

BRUGGER GILLES, Die Arbeitsverhinderung bei Teilzeiterwerbstätigen und Mehrfachbeschäftigten, Der arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Schutz des Erwerbseinkommens unter besonderer Berücksichtigung auftretender Koordinationsfragen, Diss. St. Gallen, Zürich 2017.

BRÜHWILER JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Auflage, Basel 2014.

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Kommentar zu Art. 12 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

EMMEL FRANK, Kommentar zu Art. 319-362 OR, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, 3. Auflage, Zürich 2016.

GEISER THOMAS, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 12 (2003) 323 ff.

GEISER THOMAS/SPADIN MARCO, Soziale Sicherheit bei Mehrfachbeschäftigungen, ZSR 133 (2014) 275 ff.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Stämpflis juristische Lehrbücher, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 2019.

GREBSKI LUKASZ, Kommentar zu Art. 321a OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016.

GREBSKI LUKASZ/PORTMANN WOLFGANG, Kapitel 6 Ausgewählte Rechtsfragen zur Arbeitszeit, in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2018.

HENSCH ANGELA/ACKERMANN CHRISTINE, Verletzungen des Arbeitsgesetzes: Arbeitgebenden drohen Massnahmen, Zwang und Strafen, Bratschi Wiederkehr & Buob Newsletter 01 (2012) 1 ff.

HOFMANN SUSANNE/FELIX NADJA, Der Arbeitgeber an erster Stelle?, Recht relevant. für Compliance Officers 5 (2020) 5 ff.

MEIER-GUBSER STEFANIE, Teilzeitarbeit - mögliche arbeitsrechtliche Stolpersteine, TREX (2011) 22 ff.

MÜLLER ROLAND A., Kommentar zu Art. 15 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

MÜLLER ROLAND, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2 (2010) 167 ff.

PORTMANN WOLFGANG/BACHMANN ROLAND, Kommentar zu Art. 21 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Kommentar zu Art. 1-529 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Bern 2010.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit: Sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder für unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich?, SZS (2018) 581 ff.

SCHNEIDER HANS-ULRICH/PITTELOUD CHRISTINE, Kommentar zu Art. 6 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

STAEHLIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag Art. 319-330a OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Zürich 2006.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Rechtsfragen der Mehrfachbeschäftigung des Arbeitnehmers, SJZ 87 (1991) 254 ff.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.

VÖGELI GALLI NICOLE/STRUSS FABIA, Mehrfachbeschäftigung – Mehrere Arbeitsstellen: Ab wann ist es zu viel?, Der HR-Profi 2 (2022) 4 ff.

VON KAENEL ADRIAN, Kommentar zu Art. 9 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

IV Materialienverzeichnis

Bundesamt für Statistik, Publikation vom August 2021 zu den Arbeitsmarktindikatoren 2021, www.bfs.admin.ch (Statistiken finden/Kataloge und Datenbanken/Publikationen), besucht am: 22.02.2022.

Bundesamt für Statistik, Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) vom Juni 2018, Mehrfachbeschäftigung in der Schweiz, 2017, www.bfs.admin.ch (Statistiken finden/Arbeit und Erwerb/Erwerbstätigkeit und Arbeitszeit/Merkmale der Arbeitskräfte/Mehrfachbeschäftigung), besucht am: 22.02.2022.

Staatsekretariat für Wirtschaft SECO, Merkblatt vom Januar 2016 zu Thema Mehrfachbeschäftigung beim gleichen bzw. bei mehreren Arbeitgebern, www.seco.admin.ch (Publikationen & Dienstleistungen/Publikationen/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter und Checklisten), besucht am: 22.02.2022.

V Judikaturverzeichnis

BGE 92 II 22

BGE 117 II 74

BGE 126 III 521

BGE 129 III 171

BGE 130 III 19

BGE 131 III 623

BGE 138 III 67

VGr ZH, Urteil vom 2. September 2021, VB.2021.00069

VI Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964, SR 822.11.
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, SR 822.111.
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung) vom 28. September 2007, SR 822.115.
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheid)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EAV	Einzelarbeitsvertrag
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
Kap.	Kapitel
KGer	Kantonsgericht
lit.	littera, Buchstabe
m. E.	meines Erachtens
N	Randnote
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

resp.	respektive
S.	Seite
SG	St. Gallen
sog.	sogenannte
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
vgl.	vergleiche
VGr	Verwaltungsgericht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.
ZH	Zürich
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1 Einleitung

1.1 Problemstellung

Die Arbeitswelt in der Schweiz hat sich in den letzten Jahrzehnten stark verändert. Es haben sich neue Arbeitsformen entwickelt, die Teilzeitarbeit hat an grosser Bedeutung gewonnen und immer öfter gehen die Erwerbstätigen mehr als einer Beschäftigung nach. Die Gründe für die Veränderung der Arbeitswelt sind verschieden, vor allem dürfte die Veränderung aber durch neue Familienstrukturen und die sog. «Freizeitgesellschaft» gefördert worden sein.¹

Wie gerade erwähnt gehen Erwerbstätige immer häufiger mehr als einer Beschäftigung nach. Die Anzahl Mehrfachbeschäftigter ist in den letzten fünf Jahren um 0,4 Prozentpunkte gestiegen (Stand 2020). So gaben im Jahr 2020 über 350'000 Erwerbstätige (Lernende ausgeschlossen) in der Schweiz an, mehr als einer Beschäftigung nachzugehen; dies entspricht 7,8% der Erwerbstätigen in der Schweiz.²

Eine sog. «Mehrfachbeschäftigung» bietet verschiedene Vorteile, führt aber nicht selten zu arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Problemstellungen. In dieser Bachelorarbeit soll aufgezeigt werden, welche arbeitsrechtlichen Probleme mit einer Mehrfachbeschäftigung verbunden sein können. Zunächst stellt sich jedoch die Frage, wann aus juristischer Sicht überhaupt von einer Mehrfachbeschäftigung gesprochen wird und ob diese zulässig ist. Liegt eine Mehrfachbeschäftigung vor, können anschliessend in der Praxis aus verschiedensten Bereichen des Arbeitsrechts Probleme auftreten.

Es ist bspw. fraglich, inwiefern eine Mehrfachbeschäftigung mit der gesetzlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers vereinbar ist. Weitere Problemfelder stellen die Arbeits- und Ruhezeit sowie die Schutzpflichten des Arbeitgebers dar. Insbesondere die Arbeitszeiteinteilung inkl. Koordination von Freizeit und Ferien, die Leistung von Überstunden sowie die öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitvorschriften können zu Problemstellungen und Konfliktsituationen führen. Zudem ergeben sich im Zusammenhang mit einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit von mehrfachbeschäftigten Arbeitnehmenden oftmals Fragen. Gilt eine Arbeitsunfähigkeit absolut, sprich für alle Arbeitsverhältnisse des Arbeitnehmenden, oder muss die Arbeitsunfähigkeit für jedes einzelne Arbeitsverhältnis gesondert ermittelt werden? Besonders komplex wird es dann,

¹ RIEMER-KAFKA, S. 586.

² BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Arbeitsmarktindikatoren 2021, S. 16.

wenn eine Restarbeitsfähigkeit verbleibt und diese zwischen den verschiedenen Erwerbstätigkeiten verwertet werden muss. Dabei stellt sich unter anderem die Frage, welcher Arbeitgeber in welchem Masse zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist. Schlussendlich gilt es auch herauszufinden, welche die Auswirkungen der genannten Problematiken sind und mit welchen Sanktionen die betroffenen Parteien rechnen müssen, wenn bspw. vertragliche oder gesetzliche Vorschriften durch eine Mehrfachbeschäftigung verletzt werden.

1.2 Abgrenzungen

Durch eine Mehrfachbeschäftigung können sowohl arbeits- als auch sozialversicherungsrechtliche Probleme ausgelöst werden. Der Fokus dieser Arbeit liegt auf den arbeitsrechtlichen Problemstellungen, die sozialversicherungsrechtlichen Problemstellungen werden in dieser Arbeit nicht behandelt.

Wenn in dieser Arbeit von einem Arbeitsverhältnis gesprochen wird, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es sich um ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis gemäss Art. 319 ff. OR handelt. Auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse wird nur dann eingegangen, wenn im Vergleich zu den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen Unterschiede bestehen oder spezielle gesetzliche Vorschriften gelten.

1.3 Praktische Relevanz

Wie bereits erläutert gingen im Jahr 2020 schweizweit über 350'000 Erwerbstätige mehr als einer Beschäftigung nach, womit 7,8% der Erwerbstätigen in der Schweiz mehrfachbeschäftigt waren.³ Allein der Blick auf diese Zahlen zeigt, welche Bedeutung der Mehrfachbeschäftigung in der Schweiz zukommt. Die Mehrfachbeschäftigung – und somit auch die damit verbundenen arbeitsrechtlichen Problemstellungen – betrifft demnach sehr viele Erwerbstätige in der Schweiz. Weiter handelt es sich bei den erwähnten arbeitsrechtlichen Problematiken nicht um theoretische Konstrukte, vielmehr handelt es sich um reale Probleme, welche in der Praxis regelmässig vorkommen und grundsätzlich alle Mehrfachbeschäftigten betreffen können. So kann bspw. eine Arbeitsunfähigkeit jeden Mehrfachbeschäftigten treffen und zu arbeitsrechtlichen Problemen führen; es ist niemand von einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit und den daraus folgenden Konsequenzen ausgenommen.

³ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Arbeitsmarktindikatoren 2021, S. 16.

1.4 Zielsetzung und Methodik

Diese Arbeit soll den aktuellen Rechtszustand der Schweiz abbilden und analysieren, um so die arbeitsrechtlichen Problemstellungen, welche durch eine Mehrfachbeschäftigung entstehen, aufzuzeigen. So soll unter anderem dargelegt werden, wie die Lehre und Rechtsprechung zu den mit der Mehrfachbeschäftigung verbundenen arbeitsrechtlichen Problemen stehen. An dieser Stelle soll bereits erwähnt werden, dass die Gesetze in der Schweiz grundsätzlich immer noch von einer Vollerwerbstätigkeit ausgehen.⁴ Weiter sollen die von Lehre und Rechtsprechung vertretenen Standpunkte kritisch hinterfragt und dabei eigene Gedanken miteinbezogen werden. Abschliessend wird eine eigene Beurteilung der vorhandenen Problemstellungen vorgenommen. Bestehen Lücken oder aktuell nicht zufriedenstellende Bewältigungen der arbeitsrechtlichen Probleme, können allenfalls Lösungs- und Verbesserungsvorschläge angebracht werden.

Die Abbildung und Analyse des aktuellen Rechtszustands beruhen auf einer vertieften juristischen Recherche. Es werden vor allem Gesetze, Gerichtsentscheide, Literatur und weitere Materialien bei der Recherche berücksichtigt.

1.5 Aufbau und Schwerpunkte der Arbeit

Das erste Kapitel nach der allgemeinen Einleitung widmet sich den Grundlagen der Mehrfachbeschäftigung. Es soll geklärt werden, was eine Mehrfachbeschäftigung ist und in welchen Formen sie auftreten kann. Ausserdem wird ein Blick auf die Zahlen und Fakten zur Mehrfachbeschäftigung geworfen und es werden mögliche Beweggründe für eine Mehrfachbeschäftigung aufgezeigt. Anschliessend soll die Frage, ob die Mehrfachbeschäftigung grundsätzlich zulässig ist, beantwortet werden.

In den nachfolgenden Kapiteln werden verschiedene Bereiche des Arbeitsrechts, in denen es durch eine Mehrfachbeschäftigung zu Problemstellungen kommen kann, thematisiert. Es wird bspw. aufgezeigt, welche arbeitsrechtlichen Bestimmungen durch eine Mehrfachbeschäftigung verletzt werden können, in welchen Bereichen es zu Konfliktsituationen kommen kann und bei welchen Themen Koordinationsfragen auftreten.

Die Mehrfachbeschäftigung ist ein aus arbeitsrechtlicher Sicht noch wenig erforschtes Phänomen, explizite gesetzliche Regelungen zur Mehrfachbeschäftigung fehlen gänzlich. Aus diesem Grund muss vieles aus der Literatur und Rechtsprechung zu anderen

⁴ BRUGGER, N 8.

Arbeitsformen abgeleitet werden. Es wird daher in jedem Kapitel erläutert, welche Bedeutung die aus der Recherche gewonnenen Erkenntnisse für die Mehrfachbeschäftigung haben und wie diese auf die Mehrfachbeschäftigung anzuwenden sind. Zudem sollen die von der Lehre und Rechtsprechung vertretenen Standpunkte jeweils kritisch hinterfragt werden.

Im Schlussteil werden die gewonnenen Erkenntnisse abschliessend zusammengefasst.

2 Grundlagen der Mehrfachbeschäftigung

Bevor mit der Analyse der arbeitsrechtlichen Probleme begonnen werden kann, muss geklärt werden, was eine Mehrfachbeschäftigung ist. Diese Frage soll in diesem Kapitel beantwortet werden. Des Weiteren werden in diesem Kapitel die verschiedenen Formen der Mehrfachbeschäftigung erläutert, es wird ein Blick auf die Zahlen und Fakten zur Mehrfachbeschäftigung in der Schweiz geworfen und es werden mögliche Beweggründe für eine Mehrfachbeschäftigung aufgezeigt.

2.1 Was ist eine «Mehrfachbeschäftigung»?

Nach Geiser und Spadin liegt eine Mehrfachbeschäftigung vor, wenn jemand zeitgleich zwei oder mehrere Arbeitsstellen innehat oder neben seiner Tätigkeit im Anstellungsverhältnis gleichzeitig eine privat- oder sozialversicherungsrechtlich selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt.⁵ Am ehesten wird wohl an eine Mehrfachbeschäftigung gedacht, wenn ein Arbeitnehmer in zwei Teilzeit-Arbeitsverhältnissen mit zwei verschiedenen Arbeitgebern steht. Wie das nächste Unterkapitel zeigen wird, stellt diese Konstellation jedoch nur eine der verschiedenen Erscheinungsformen der Mehrfachbeschäftigung dar.⁶

Es gilt zu erwähnen, dass es verschiedene Arten von Tätigkeiten gibt (bspw. Arbeitstätigkeiten, ehrenamtliche Tätigkeiten oder Freiwilligenarbeit), für die Mehrfachbeschäftigung, aber vor allem Arbeitstätigkeiten relevant sind, da sich dann Konflikte ergeben, wenn auch tatsächlich mehrere Arbeitstätigkeiten parallel vorliegen. Daher gilt es immer zu überprüfen, ob die verschiedenen Tätigkeiten des Mehrfachbeschäftigten auch als Arbeitstätigkeiten zu qualifizieren sind. In der Praxis ist jedoch nicht immer klar, wann von einer Arbeitstätigkeit gesprochen werden kann.⁷ In Bezug auf das Arbeitsgesetz kann zudem der Fall auftreten, dass zwar eine Arbeitstätigkeit vorliegt, diese jedoch nicht dem Arbeitsgesetz unterstellt ist. Dieser Fall wird zu einem späteren Zeitpunkt noch genauer behandelt.

2.2 Formen der Mehrfachbeschäftigung

Es wird grundsätzlich zwischen drei verschiedenen Formen der Mehrfachbeschäftigung unterschieden: die Mehrfach-Teilzeitarbeit, die Kombination einer Vollzeitanzstellung mit

⁵ GEISER/SPADIN, S. 284.

⁶ STÖCKLI, S. 254.

⁷ VÖGELI GALLI/STRUSS, S. 4.

einer Nebenbeschäftigung und ein Arbeitsverhältnis, welches mit unentgeltlicher Arbeit kombiniert wird.⁸ Auf diese drei Formen soll nun eingegangen werden.

2.2.1 Mehrfach-Teilzeitarbeit

Bevor auf die Form der Mehrfach-Teilzeitarbeit eingegangen werden kann, muss auch an dieser Stelle zuerst geklärt werden, was Teilzeitarbeit ist. Obwohl in Art. 319 Abs. 2 OR die Teilzeitarbeit sogar explizit erwähnt wird, ist die Definition von Teilzeitarbeit uneinheitlich.⁹ In der Lehre wird von Teilzeitarbeit gesprochen, wenn ein Arbeitspensum die betriebs- und branchenübliche Arbeitszeit unterschreitet.¹⁰ Geiser und Spadin präzisieren diese Definition, indem sie Teilzeitarbeit so definieren, dass der Arbeitnehmer nicht seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung stellen muss und eine Restarbeitszeit verbleibt, welche mindestens eine zusätzliche Tätigkeit bei einem weiteren Arbeitgeber zulässt.¹¹ Gemäss Bundesamt für Statistik liegt eine Teilzeitarbeit vor, wenn der Beschäftigungsgrad 90 Prozent der betriebsüblichen Arbeitszeit unterschreitet.¹²

Weiter wird zwischen eigentlicher und uneigentlicher Teilzeitarbeit unterschieden.¹³ Bei eigentlicher Teilzeitarbeit wird der Einsatz wiederholt und mit zum Voraus bestimmten Arbeitszeiten geleistet, während sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei der uneigentlichen Teilzeitarbeit vor jedem Einsatz über den Umfang verständigen.¹⁴

Eine Mehrfach-Teilzeitarbeit liegt somit bspw. vor, wenn ein Arbeitnehmer mit einem 50%-Arbeitspensum als Sachbearbeiter bei einem Industrieunternehmen angestellt ist und zugleich mit einem 50%-Arbeitspensum als Sachbearbeiter in einem Treuhandbüro beschäftigt ist.

2.2.2 Vollzeitanstellung mit Nebenbeschäftigung

Eine weitere Form der Mehrfachbeschäftigung stellt die Kombination eines Vollzeitpensums mit einer Nebenbeschäftigung dar. Als Nebenbeschäftigung kommen unter anderem berufliche oder politische Aktivitäten in Frage.¹⁵ An dieser Stelle soll erwähnt werden, dass im Arbeitsrecht nicht zwischen Haupt- und Nebenbeschäftigung

⁸ STÖCKLI, S. 254.

⁹ MEIER-GUBSER, S. 23.

¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 18 zu Art. 319 OR.

¹¹ GEISER/SPADIN zitiert nach BRUGGER, N 61.

¹² MEIER-GUBSER, S. 23.

¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 18 zu Art. 319 OR.

¹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 18 zu Art. 319 OR.

¹⁵ HOFMANN/FELIX, S. 6.

unterschieden wird und es hierzu an Definitionen fehlt.¹⁶ Auch hier stellt sich jeweils die Frage, ob es sich bei der Nebenbeschäftigung um eine Arbeitstätigkeit im eigentlichen Sinne handelt. Oftmals dürfte eine Nebenbeschäftigung zudem auf selbstständiger Basis ausgeübt werden (auf diese Konstellation wird zu einem späteren Zeitpunkt genauer eingegangen).

Ein Beispiel für diese Form der Mehrfachbeschäftigung ist, wenn ein Anwalt neben seiner Vollzeittätigkeit als Anwalt in einem Verwaltungsrat Einsitz nimmt.

2.2.3 Kombination Arbeitsverhältnis mit unentgeltlicher Arbeit

Am häufigsten dürfte eine Mehrfachbeschäftigung wohl in der Form einer Vollzeitbeschäftigung kombiniert mit unentgeltlicher Arbeit in Haushalt, Familie, Vereinen und öffentlichen Ämtern vorkommen.¹⁷ Es ist an dieser Stelle nochmals wichtig zu erwähnen, dass im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung nur arbeitsrechtliche Probleme entstehen, wenn auch effektiv mehrere Arbeitstätigkeiten vorliegen. Werden bspw. neben einer Vollzeitanstellung am Feierabend die Nachbarskinder betreut, wird dies wohl kaum zu arbeitsrechtlichen Problemen führen.¹⁸

Bei der Betrachtung dieser Form der Mehrfachbeschäftigung darf zudem nicht ausser Acht gelassen werden, dass die «Entgeltlichkeit» eines der vier begriffsnotwendigen Elemente darstellt, um überhaupt von einem Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR ausgehen zu können.¹⁹ Bei einem unentgeltlichen Einsatz handelt es sich häufig um ein Auftragsverhältnis, jedoch nicht immer, so kann auch ein gemischter Vertrag vorliegen, für welchen die Schutznormen des Arbeitsvertrags analog zur Anwendung kommen.²⁰ Insbesondere in der Praxis ist die Qualifikation des Vertragsverhältnisses von grosser Bedeutung, bestehen hinsichtlich wichtiger Regelungen (bspw. Ferienansprüche oder Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall) doch erhebliche Unterschiede je nachdem, welcher Vertragstyp vorliegt.²¹ Die Zuordnung des Vertragstyps hat bei Streitigkeiten zudem auch Einfluss auf die Zuständigkeit der Gerichte und auf die Verfahren.²²

¹⁶ BRUGGER, N. 135.

¹⁷ STÖCKLI, S. 254.

¹⁸ VÖGELI-GALLI/STRUSS, S. 4.

¹⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 100.

²⁰ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 111.

²¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 319 OR.

²² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 zu Art. 319 OR.

2.2.4 Zwischenfazit

Neben den verschiedenen Formen der Mehrfachbeschäftigung gibt es auch unterschiedliche Arten von Tätigkeiten. Da aus arbeitsrechtlicher Sicht nur Probleme entstehen, wenn auch tatsächlich Arbeitstätigkeiten vorliegen, ist m. E. die Bestimmung der einzelnen Tätigkeiten – auch wenn diese in der Praxis nicht immer ganz einfach vorzunehmen ist – von zentraler Bedeutung. Nur so kann festgestellt werden, ob Arbeitstätigkeiten vorliegen und somit eine aus arbeitsrechtlicher Sicht relevante Mehrfachbeschäftigung besteht. Des Weiteren sollte auch überprüft werden, auf welcher vertraglichen Basis eine Tätigkeit ausgeführt wird, also ob ein Arbeitsverhältnis gemäss Art. 319 ff. OR besteht oder ob ein anderes Vertragsverhältnis (bspw. ein Auftrag oder Werkvertrag) vorliegt. Bei einer Tätigkeit, die im Rahmen eines Auftrags oder Werkvertrags aufgeführt wird, käme das Arbeitsrecht nicht (oder allenfalls nur analog) zur Anwendung. Nicht zu vergessen sind zudem die Arbeitstätigkeiten auf selbstständiger Basis.

2.3 Zahlen und Fakten zur Mehrfachbeschäftigung

Es ist bereits bekannt, dass im Jahr 2020 mit über 350'000 Erwerbstätigen insgesamt 7,8% der Erwerbstätigen in der Schweiz mehr als einer Beschäftigung nachgingen.²³ In diesem Unterkapitel soll nun ein genauer Blick auf die Zahlen und Fakten zur Mehrfachbeschäftigung in der Schweiz geworfen werden. Unter anderem soll aufgezeigt werden, wie sich die Mehrfachbeschäftigung nach verschiedenen Faktoren, wie bspw. Geschlecht oder Bildungsstand, aufteilt. Grundlage dieser Analyse bildet die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) 2017 des Bundesamtes für Statistik (BFS).²⁴

2.3.1 Mehrfachbeschäftigung nach Anzahl Beschäftigungen

298'000 (84,6%) der Mehrfacherwerbstätigen gehen zwei Beschäftigungen nach. 41'000 (11,5%) Erwerbstätige haben drei und 14'000 (3,9%) vier oder mehr Beschäftigungen.²⁵

²³ Siehe Kap. 1.1 Problemstellung, S. 1.

²⁴ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017.

²⁵ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 1.

2.3.2 Mehrfachbeschäftigung nach Geschlecht und Altersgruppen

Frauen sind öfter mehrfachbeschäftigt als Männer: 10% der erwerbstätigen Frauen teilen ihre Berufstätigkeit auf mehrere Beschäftigungen auf, bei den Männern sind es 5,5%. Im Vergleich mit anderen Personen gehen Frauen mit Kindern unter 15 Jahren häufiger mehreren Beschäftigungen nach, während bei den Männern die Betreuung von Kindern keinen Einfluss hat. Hinsichtlich der Altersgruppen kommt die Mehrfachbeschäftigung bei der mittleren Altersgruppe der 40- bis 54-Jährigen (8,7%) am häufigsten vor.²⁶

2.3.3 Mehrfachbeschäftigung nach Bildungsstand

Personen mit hohem Bildungsstand gehen in der Schweiz häufiger mehreren Beschäftigungen nach. So ist die Mehrfachbeschäftigung bei den Erwerbstätigen mit einem Abschluss auf Tertiärstufe am weitesten verbreitet (8,4%), während die Erwerbstätigen mit einer Ausbildung auf Sekundarstufe II (7,2%) und Sekundarstufe I (6,6%) seltener mehreren Beschäftigungen nachgehen. Die Differenzen sind insbesondere bei den Männern auffallend, bei den Frauen gibt es kaum Unterschiede nach Bildungsstand. Interessant ist ausserdem, dass der Anteil Mehrfachbeschäftigter bei ausländischen Arbeitskräften mit zunehmendem Bildungsstand sinkt; bei den Schweizer Arbeitskräften ist es umgekehrt.²⁷

2.3.4 Mehrfachbeschäftigung nach ausgeübtem Beruf und Branchen

Der Anteil Mehrfachbeschäftigter unterscheidet sich stark nach den ausgeübten Berufen. 17,4% der Personen, die in ihrer Haupttätigkeit als Hilfsarbeitskraft (Reinigungspersonal in Privathaushalten, Hilfsarbeitende im Bau und bei der Herstellung von Waren sowie ungelernte Arbeitskräfte) tätig sind, gehen mehreren Beschäftigungen nach. Bei den Erwerbstätigen, die ihre Haupttätigkeit bspw. als Anlagen- und Maschinenbediener ausüben, sind hingegen lediglich 3,6% mehrfachbeschäftigt. Zudem ist der Anteil der mehrfachbeschäftigten Hilfsarbeitskräfte bei den Frauen (24,1%) fast viermal so hoch wie bei den Männern (6,1%). Es gilt zu erwähnen, dass je nach Wirtschaftsabschnitt des arbeitgebenden Unternehmens beträchtliche Unterschiede bestehen.²⁸

²⁶ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 2.

²⁷ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 2.

²⁸ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 3.

Die meisten Hauptbeschäftigungen finden sich im Tertiärsektor (76,3%), gefolgt vom Sekundärsektor (20,5%) und Primärsektor (3,1%). Bei den Nebenbeschäftigungen ist die Reihenfolge gleich, jedoch mit einer deutlich anderen Aufteilung (87,8%, 7,2% und 4,7%). Zudem üben die Erwerbstätigen ihre Haupt- und Nebenbeschäftigung in drei von vier Fällen nicht in derselben Branche aus.²⁹

2.3.5 Mehrfachbeschäftigung nach Regionen

Die Mehrfachbeschäftigung ist in der Deutschschweiz verbreiteter als in der Romandie oder im Tessin. Ausserdem gehen die Erwerbstätigen in den ländlichen Gebieten häufiger mehreren Beschäftigungen nach als in den mitteldicht besiedelten und städtischen Gebieten.³⁰

2.3.6 Erwerbsstatus der Erwerbstätigen

Selbstständigerwerbende sind häufiger mehrfachbeschäftigt, so gehen 11,1% der Selbstständigerwerbenden im Haupterwerb mehreren Beschäftigungen nach, bei den Angestellten sind es 7,3%. Weiter sind leitende Angestellte im Haupterwerb seltener mehrfachbeschäftigt als andere Angestellte, was auf die hohen Beschäftigungsgrade bei Führungs- und Kaderfunktionen zurückzuführen sein dürfte.³¹

Sowohl bei der Haupterwerbstätigkeit (89,9%) als auch bei der Nebenerwerberwerbstätigkeit (77,1%) sind die Mehrfachbeschäftigten meistens angestellt. Als Haupterwerb üben 8,1% eine selbstständige Tätigkeit aus, als Nebenerwerb 19,4%. Somit ist fast jeder fünfte Nebenerwerb auf selbstständiger Basis. Weiter sollte hervorgehoben werden, dass bei einer Mehrfachbeschäftigung der Haupterwerb nicht immer ein Teilzeitpensum darstellt, gehen doch 27,5% der Mehrfachbeschäftigten als Haupterwerb einer Vollzeitarbeitstätigkeit nach. Hier besteht jedoch ein grosser Unterschied zwischen Männern und der Frauen: 15,4% der Frauen haben einen Vollzeit-Haupterwerb, bei den Männern sind es 46,7%. Zudem kombinieren Selbstständigerwerbende häufiger eine Vollzeitarbeit mit einer Teilzeitbeschäftigung.³²

²⁹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 3 f.

³⁰ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 3.

³¹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 3.

³² BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 3 f.

2.3.7 Arbeitsstunden

Die wöchentliche Normalarbeitszeit der Nebenbeschäftigung beläuft sich auf 8,9 Stunden, was einem durchschnittlichen Beschäftigungsgrad von 21% entspricht. Nicht nur im Haupterwerb, auch im Nebenerwerb haben Selbstständigerwerbende mit 11,9 Stunden eine höhere wöchentliche Normalarbeitszeit als Angestellte. Werden die wöchentliche Normalarbeitszeit des Haupt- (25,7 Stunden) und Nebenerwerbs (8,9 Stunden) addiert, ergibt dies 34,6 Arbeitsstunden pro Woche, was der Arbeitszeit von Erwerbstätigen mit einer einzigen Beschäftigung entspricht. Je nach Branche gibt es aber deutliche Unterschiede.³³

2.3.8 Vergleich zum Ausland

Während in der Schweiz 7,6% der Erwerbstätigen mehrere Beschäftigungen ausübten, gingen in der Europäischen Union lediglich 4,0% zwei Beschäftigungen nach (Stand 2017). In verschiedenen nordeuropäischen Ländern ist die Mehrfachbeschäftigung jedoch verbreiteter als in der Schweiz. Ausserdem weist die Schweiz die höchste Differenz zwischen Männern und Frauen (4,5%) sämtlicher EU/EFTA-Staaten auf. Die Aufteilung der Mehrfachbeschäftigung nach Bildungsstand ist in der Schweiz ähnlich wie diejenige in der Europäischen Union.³⁴

2.4 Beweggründe für eine Mehrfachbeschäftigung

Zu den Beweggründen, weshalb sich Erwerbstätige für eine Mehrfachbeschäftigung entscheiden, lassen sich keine gesicherten Daten finden. Jedoch liegen Befragungen zu den Gründen für eine Hauptbeschäftigung auf Teilzeitbasis, welche in vielen Fällen Voraussetzung für eine Mehrfachbeschäftigung ist, vor.³⁵

Sowohl Frauen als auch Männer gehen am häufigsten einer Hauptbeschäftigung auf Teilzeitbasis nach, um zusätzlich einer Nebentätigkeit nachgehen zu können. Die Möglichkeit, sich im Nebenerwerb selbständig zu machen, oder die Diversifikation – wie bereits erwähnt, wird in drei von vier Fällen die Haupt- und Nebenbeschäftigung nicht in der gleichen Branche ausgeübt – könnten Gründe dafür sein, weshalb einer Nebenbeschäftigung nachgegangen werden möchte. Bei den Frauen stellen zudem persönliche oder familiäre Verpflichtungen sowie die Betreuung von Kindern gewichtige

³³ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 4.

³⁴ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 6.

³⁵ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 5.

Gründe für eine Hauptbeschäftigung auf Teilzeitbasis dar; für die Männer sind diese Gründe von keiner grossen Bedeutung. Weitere Gründe für eine Hauptbeschäftigung auf Teilzeitbasis können gesundheitliche Probleme oder die parallele Absolvierung einer Ausbildung sein. Falsch ist die Annahme, dass die meisten Personen Teilzeit arbeiten, weil sie keine Vollzeitstelle finden konnten; dies trifft nur auf einen von zehn Mehrfacherwerbstätigen zu. Auch lediglich eine Minderheit möchte ihren Beschäftigungsgrad erhöhen, dies zeigt, dass die Mehrfachbeschäftigten insgesamt mit ihrer beruflichen Situation zufrieden sein dürften.³⁶

3 Zulässigkeit Mehrfachbeschäftigung

Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO hielt in seinem Merkblatt vom Januar 2016 fest, dass die Mehrfachbeschäftigung aus Sicht des Arbeitsgesetzes (ArG) grundsätzlich zulässig ist.³⁷

Die arbeitsgesetzlichen Vorschriften dürfen jedoch durch eine Mehrfachbeschäftigung nicht verletzt werden. Sie sind unter Betrachtung aller Beschäftigungsverhältnisse insgesamt einzuhalten und Konfliktsituationen müssen beseitigt werden. Der bzw. die Arbeitgeber sind dafür verantwortlich, dass die arbeitsgesetzlichen Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten eingehalten werden. Es bestehen erhöhte Kontrollanforderungen an Arbeitgeber, insbesondere an Zweitarbeitgeber, die Arbeitnehmende zu einem Teilpensum anstellen; die Situation der Arbeitnehmenden bezüglich einer Mehrfachbeschäftigung ist bei der Einstellung von den Arbeitgebenden besonders zu beachten.³⁸

Auch aus privatrechtlicher Sicht dürfte die Mehrfachbeschäftigung im Grundsatz zulässig sein. Jedenfalls finden sich keine privatrechtlichen Bestimmungen, welche eine Mehrfachbeschäftigung grundsätzlich ausschliessen. Vorbehalten bleibt, dass durch die Mehrfachbeschäftigung gegen vertragliche und privatrechtliche Vorschriften verstossen werden kann. Darauf wird in den nächsten Kapiteln unter anderem eingegangen.

³⁶ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE, Mehrfacherwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, S. 4 f.

³⁷ STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Merkblatt Mehrfachbeschäftigung, S. 1.

³⁸ STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Merkblatt Mehrfachbeschäftigung, S. 1.

Schlussendlich hielt das Strafgericht Basel-Stadt in seinem Urteil vom 19. Oktober 2021 gar fest, im Gesetz stehe nirgends geschrieben, man dürfe nicht zwei Vollzeitstellen haben.³⁹ Offen gelassen werden hier natürlich die arbeitsrechtlichen und allenfalls auch strafrechtlichen Problematiken, welche sich aus einer solchen Konstellation durchaus ergeben können.

³⁹ LAST STEVE, «Im Gesetz steht nirgends, dass man nicht zwei Vollzeit-Jobs haben darf», 20. Oktober 2021, www.20min.ch (Front/Basel), besucht am: 26.04.2022.

4 Treuepflicht

Die gesetzliche Sorgfalts- und Treuepflicht ist in Art. 321a OR geregelt. Durch ein Arbeitsverhältnis entsteht eine persönliche Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers stellt dabei das Gegenstück zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dar. So hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.⁴⁰

Zu den berechtigten Interessen gehört auch das Ansehen der Arbeitgebenden oder der Arbeitnehmenden.⁴¹ Ein spannendes Beispiel hierzu, und zudem im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung, liefert das Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 2. September 2021.⁴² Eine Musiklehrperson ging als Nebenbeschäftigung einer selbstständigen Tätigkeit als Sexualtherapeutin nach. Die Schule kündigte das Anstellungsverhältnis, da die Nebenbeschäftigung als Sexualtherapeutin nicht mit der Tätigkeit als Musiklehrperson vereinbar sei. Das Zürcher Verwaltungsgericht hielt jedoch fest, dass die Nebenbeschäftigung als Sexualtherapeutin keine Auswirkung auf die Autorität und Glaubwürdigkeit der Musiklehrperson habe. Zudem übte die Musiklehrperson ihre Nebenbeschäftigung unter einem Künstlernamen aus und erwähnte ihre Lehrtätigkeit an der Schule nicht. Die Kündigung erfolgte daher ohne sachlichen Grund.⁴³

Zu erwähnen gilt es, dass es sich im vorliegenden Beispiel um ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis handelt und die Nebentätigkeit eine selbstständige Tätigkeit darstellt, welche zudem grundrechtlichen Schutz genießt. Nichtsdestotrotz zeigt dieses Urteil illustrativ die berechtigten Interessen der involvierten Parteien auf. Auch wenn es sich um ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis mit einer selbstständigen Nebentätigkeit handelt, dürfte das Urteil ohne weiteres auch aus privatrechtlicher Sicht interessant sein. So ist auch gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. b. OR eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht – hier konkret die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV – ausübt.

⁴⁰ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321a OR.

⁴¹ VÖGELI-GALLI/STRUSS, S. 5.

⁴² VGr ZH, Urteil vom 2. September 2021, VB.2021.00069.

⁴³ VGr ZH, Urteil vom 2. September 2021, VB.2021.00069, E. 1. ff.

Die Treuepflicht stellt eine Nebenpflicht zur Arbeitspflicht dar und ist relativ, so besteht sie nur soweit, wie sie zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolgs nötig ist; es muss also ein ausreichender Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis bestehen.⁴⁴ Die Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers beeinflusst das Ausmass der Treuepflicht stark, ausserdem beschränken die Eigeninteressen des Arbeitnehmers die Treuepflicht.⁴⁵ Die Treuepflicht stellt grundsätzlich eine Unterlassungspflicht dar⁴⁶, so hat der Arbeitgeber insbesondere alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte.⁴⁷ Die Treuepflicht kann den Arbeitnehmer aber auch zu einer Handlung verpflichten, bspw. bei der Pflicht zur Leistung von Überstunden oder zur Information des Arbeitgebers.⁴⁸ Schlussendlich handelt sich bei der Treuepflicht um eine dispositive Norm, welche im Rahmen von Art. 27 ZGB ausgedehnt werden kann.⁴⁹

An dieser Stelle soll noch kurz die von Stöckli vorgebrachte These, dass bei einer Teilzeitarbeit ein verminderter Intensitätsgrad der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und damit eine geringere persönliche Betriebsverbundenheit bestehe, erwähnt werden. Sollte diese These stimmen, müsste diese nämlich auch auf die Mehrfachbeschäftigung – sofern ein Mehrfachbeschäftigter Teilzeit arbeitet – zutreffen, was insbesondere bei der Frage nach der Konkurrenzierung des Arbeitgebers interessant sein dürfte.⁵⁰

Die Treuepflicht nach Art. 321a OR beinhaltet verschiedene Elemente.⁵¹ Im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung dürften wohl vor allem die Konkurrenzierung des Arbeitgebers (Art. 321a Abs. 3 OR), die Geheimhaltungspflicht (Art. 321a Abs. 4 OR) und die Informationspflicht des Arbeitnehmers von Interesse sein. Auf diese Bereiche der gesetzlichen Treuepflicht soll nun eingegangen werden.

4.1 Konkurrenzierung des Arbeitgebers

Art. 321a Abs. 3 OR untersagt dem Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses eine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten zu leisten, soweit dadurch die Treuepflicht des Arbeitnehmers verletzt und der Arbeitgeber konkurrenziert

⁴⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321a OR.

⁴⁵ ZK-STAEHLIN, N 8 zu Art. 321a OR.

⁴⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 349.

⁴⁷ BGE 117 II 74, E. 4a.

⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321a OR.

⁴⁹ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 16 zu Art. 321a OR.

⁵⁰ STÖCKLI, S. 254.

⁵¹ EMMEL, N 3 zu Art. 321a OR.

wird. Wie bereits erwähnt darf zudem das Ansehen des Arbeitgebers durch eine allfällige Zweitstelle des Arbeitnehmers nicht beeinträchtigt werden.⁵²

Das aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers resultierende Konkurrenzverbot nach Art. 321a Abs. 3 OR ist von einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 ff. OR zu unterscheiden.⁵³ Das zuerst genannte gilt von Gesetzes wegen während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses.⁵⁴ Demgegenüber verpflichtet sich der handlungsfähige Arbeitnehmer bei einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot nach Art. 340 OR gegenüber seinem Arbeitgeber, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Zudem ist das nachvertragliche Konkurrenzverbot nur gültig, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 340 Abs. 2 OR erfüllt sind. Insbesondere muss dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt worden sein und die Verwendung dieser Kenntnisse muss den Arbeitgeber erheblich schädigen (Art. 340 Abs. 2 OR). Hingegen wird für eine Konkurrenzierung nach Art. 321a Abs. 3 OR keine konkrete Schädigung des Arbeitgebers vorausgesetzt.⁵⁵

Wie die Mehrfachbeschäftigung selbst lässt sich auch die Konkurrenzierung in verschiedene Kategorien einteilen. Die verschiedenen Arten der Arbeitgeberkonkurrenzierung werden nun thematisiert.

4.1.1 Entgeltliche Tätigkeit für einen Dritten

In Art. 321a Abs. 3 OR wird festgehalten, dass der Arbeitnehmer keiner entgeltlichen Tätigkeit für einen Dritten nachgehen darf, wenn diese den Arbeitgeber konkurrenziert. Diese Bestimmung ist auch als Verbot der Schwarzarbeit bekannt, wobei hier der Begriff der Schwarzarbeit nicht gleich wie im öffentlich-rechtlichen Bereich (bspw. die Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne Anmeldung bei den Sozialversicherungen) verwendet wird.⁵⁶

Bereits aus dem Gesetzestext geht hervor, dass nicht jede entgeltliche Tätigkeit im Interesse eines Dritten verboten ist, sondern lediglich diejenige, welche der Treuepflicht des Arbeitnehmers widerspricht; insbesondere bei Konkurrenzierung des Arbeitgebers.⁵⁷

⁵² BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 22 zu Art. 321a OR.

⁵³ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 703.

⁵⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321a OR.

⁵⁵ ZK-STAEHLIN, N 39 zu Art. 321a OR.

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 321a OR.

⁵⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 321a OR.

Von einer Konkurrenzierung wird ausgegangen, wenn bei ganz oder teilweise übereinstimmendem Kundenkreis gleichartige Leistungen, welche das gleiche Kundenbedürfnis befriedigen, angeboten werden.⁵⁸

Die Treuepflicht des Arbeitgebers kann aber auch dann verletzt werden, wenn durch eine Nebentätigkeit die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers beeinträchtigt wird, bspw. wenn er aufgrund seiner Nebentätigkeit stark übermüdet ist.⁵⁹ Als Beispiel könnte dies der Fall sein, wenn ein Angestellter während der Arbeitswoche neben seiner Vollzeittätigkeit bis spät abends als Nebenbeschäftigung in einer Bar aushilft und dadurch am nächsten Morgen jeweils übermüdet ist. Ausserdem liegt gemäss dem Kantonsgericht St. Gallen eine Treuepflichtverletzung vor, wenn eine Nebentätigkeit dazu führt, dass die arbeitsgesetzlichen Vorschriften zu den Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten verletzt werden.⁶⁰ Bei einem Lastwagenchauffeur, der in seiner Freizeit als Nebentätigkeit Taxi fuhr und dadurch gegen die arbeitsgesetzlichen Vorschriften versties, erachtete das Kantonsgericht St. Gallen dies bspw. als schwere Treuepflichtverletzung.

Weiter stellt sich die Frage, wie das Verbot der Schwarzarbeit bei einem Teilzeitarbeitsverhältnis zur Anwendung kommt. Dies ist insbesondere mit Blick auf die Mehrfachbeschäftigung von Bedeutung, bildet doch die Kombination aus mehreren Teilzeitstellen eine mögliche Form der Mehrfachbeschäftigung. Hierzu finden sich verschiedene Lehrmeinungen. Rehbinder geht davon aus, dass der Arbeitgeber einer Einschränkung des Konkurrenzverbots gemäss Art. 321a Abs. 3 OR stillschweigend zustimmt, wenn er nach den Umständen damit rechnen muss, dass der Arbeitnehmer auch für Konkurrenten arbeitet und ein wesentlicher Interessenkonflikt ausgeschlossen werden kann.⁶¹ Hingegen ist Stöckli der Ansicht, dass das Verbot entgeltlicher Konkurrenztaetigkeit auch bei Teilzeitarbeitsverhältnissen gelten müsse. Eine ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers könne zwar nicht vorausgesetzt werden, jedoch dürfe nicht allein aus der Natur des Teilzeitarbeitsverhältnissen geschlossen werden, dass der Arbeitgeber mit Konkurrenzierung rechnen müsse.⁶² Schliesslich sind Portmann und Rudolph der Auffassung, das Verbot einer konkurrenzierenden Nebentätigkeit sei bei einem Teilzeitarbeitsverhältnis grundsätzlich nicht anwendbar, es könne aber ein solches

⁵⁸ BGE 92 II 22, E. 1d.

⁵⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 5 zu Art. 321a OR.

⁶⁰ KGer SG in JAR 1985, S. 246 zitiert nach STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 321a OR.

⁶¹ REHBINDER in ArbR 1986, S. 88 zitiert nach STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 321a OR.

⁶² STÖCKLI, S. 258.

Verbot vereinbart werden.⁶³ Nicht zu vergessen ist die Möglichkeit, im Arbeitsvertrag einen Bewilligungsvorbehalt für Zweitstellen zu regeln. Solange die Bewilligung nicht aus unsachlichen Gründen verweigert wird, sind ein Bewilligungsvorbehalt als auch die entsprechende Verweigerung durchaus zulässig.⁶⁴

Auch wenn die Mehrfachbeschäftigung immer beliebter wird und Teilzeitarbeitende oftmals darauf angewiesen sind, einer weiteren Tätigkeit nachzugehen, so gibt es doch auch noch andere Gründe, weshalb einer Teilzeitarbeit nachgegangen wird (die Betreuung der Kinder, die Absolvierung einer Ausbildung oder ein zeitintensives Hobby). Daher scheint m. E. die Ansicht von Stöckli, es könne nicht alleine aus der Natur des Teilzeitarbeitsverhältnisses geschlossen werden, dass der Arbeitgeber mit einer Konkurrenzierung rechnen müsse, verständlich. Weiter erscheint es nachvollziehbar, dass eine zusätzliche Teilzeitarbeit nur dann zulässig ist, wenn dadurch kein Interessenkonflikt, konkret keine Konkurrenzierung und keine Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit, entsteht. Dies dürfte sich bereits aus dem Sinn und Zweck der Treuepflicht ergeben. Fraglich ist m. E., ob der Beschäftigungsgrad (Vollzeit oder Teilzeit) eine Auswirkung auf den Umfang der Treuepflicht hat und bspw. bei einer Teilzeitanstellung ein verminderter Intensitätsgrad der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und damit eine geringere persönliche Betriebsverbundenheit besteht. Hingegen wäre ein aus der gesetzlichen Treuepflicht abzuleitendes generelles Verbot, nach dem in einem Teilzeitarbeitsverhältnis gar keiner (auch einer nicht konkurrenzierenden) zusätzlichen Tätigkeit nachgegangen werden darf, unverhältnismässig und stossend. Dies gilt insbesondere für Arbeitnehmende, welche finanziell darauf angewiesen sind, mehreren Teilzeitbeschäftigungen nachzugehen. Vorbehalten bleibt die Vereinbarung eines solchen Verbots.⁶⁵

4.1.2 Unentgeltliche Tätigkeit für einen Dritten

Art. 321a Abs. 3 OR verbietet ausdrücklich die entgeltliche Schwarzarbeit für einen Dritten. Entscheidend ist jedoch nicht, ob die Arbeit für einen Dritten entgeltlich ist, sondern, ob sie die Treuepflicht verletzt. So kann der Arbeitgeber durchaus auch durch eine unentgeltliche Arbeitsleistung konkurrenziert werden, zudem können ebenfalls das Ansehen des Arbeitgebers und die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers durch

⁶³ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 20 zu Art. 321a OR.

⁶⁴ VÖGELI GALLI/STRUSS, S. 4 f.

⁶⁵ Vgl. BRÜHWILER, N 4 zu Art. 321a OR.

unentgeltliche Schwarzarbeit beeinträchtigt werden.⁶⁶ Es muss jedoch unterschieden werden, ob es sich bei der Haupttätigkeit um eine Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigung handelt. Bei einer Teilzeitbeschäftigung kann eher von einer Zulässigkeit von unentgeltlicher Schwarzarbeit ausgegangen werden, eine Konkurrenzierung des Arbeitgebers wird jedoch kaum je zulässig sein.⁶⁷

Ein Fall, der in der Praxis häufig vorkommen dürfte, ist die Gründung eines eigenen Unternehmens durch den Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer darf eine eigene Firma gründen und die damit verbundenen Vorbereitungshandlungen tätigen, sofern der Arbeitgeber während der Dauer des Arbeitsverhältnisses noch nicht konkurrenziert wird.⁶⁸

4.1.3 Ausserdienstliche Pflichten

Das ausserdienstliche Verhalten des Arbeitnehmers wird grundsätzlich nicht von der Treuepflicht erfasst.⁶⁹ Der Arbeitnehmer hat aber die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu wahren, insbesondere darf er auch im ausserdienstlichen Bereich den Unternehmenszielen nicht aktiv entgegenwirken, was vor allem für sog. Tendenzbetriebe (bspw. politisch, wissenschaftlich oder weltanschaulich ausgerichtete Unternehmen) gilt.⁷⁰ Auch ein Verbot jeder Nebentätigkeit ist zulässig, bei Stellen, die keinen existenzsichernden Lohn garantieren, jedoch unter Vorbehalt.⁷¹

4.1.4 Freizeitbeschäftigungen und familiäre Pflichten

Stöckli erwähnt ausserdem, dass nicht nur Arbeitstätigkeiten im eigentlichen Sinne zu einer Überlastung führen und dadurch die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers beeinträchtigen können, sondern auch anstrengende Freizeitaktivitäten oder familiäre Verpflichtungen. So dürfe der Arbeitgeber bspw. von einem durch familiäre Verpflichtungen dauernd oder regelmässig überlasteten Arbeitnehmer verlangen, dass er eine Änderung der Aufgabenverteilung innerhalb der Familie anstrebe. Kommt es nicht zu einer solchen Änderung, stehe es dem Arbeitgeber offen, durch ordentliche Kündigung eine Änderung des Arbeitsverhältnisses herbeizuführen, insbesondere eine Verkürzung der Arbeitszeit mit entsprechender Lohnreduktion. Bei lediglich kurzfristigen, häufig

⁶⁶ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 23 zu Art. 321a OR.

⁶⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 321a OR.

⁶⁸ BGE 138 III 67, E. 2.3.5.

⁶⁹ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 10 zu Art. 321a OR.

⁷⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 3 zu Art. 321a OR.

⁷¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 321a OR.

unvorhergesehenen Überlastungen müsse der Arbeitgeber hingegen akzeptieren, dass Familienpflichten Vorrang haben.⁷²

Es ist sicherlich wichtig zu erwähnen und es darf nicht vergessen werden, dass auch Freizeitbeschäftigungen und familiäre Pflichten zu Überlastungen führen und dadurch die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers beeinflusst werden kann. Jedoch handelt es sich hierbei nicht um Arbeitstätigkeiten, somit dürfte in diesem Zusammenhang nicht direkt eine Mehrfachbeschäftigung für die Verletzung der Treuepflicht verantwortlich sein. Wie anfangs erwähnt sind in Bezug auf die Mehrfachbeschäftigung grundsätzlich nur Arbeitstätigkeiten relevant.

4.2 Geheimhaltungspflicht

Das Gesetz regelt die Geheimhaltungspflicht als spezielle Ausprägung der Treuepflicht in Art. 321a Abs. 4 OR. Die Geheimhaltungspflicht bezieht sich namentlich auf Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, deren Erfordernisse gemäss Staehlin sind:⁷³

- *nicht offenkundige, sondern höchstens einem beschränkten Personenkreis bekannte Tatsachen*
- *nicht allgemein, ohne besondere Aufwendungen zugängliche Tatsachen*
- *berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers*
- *Geheimhaltungswille des Arbeitgebers*

Umstritten ist jedoch, ob alles, was der Arbeitgeber geheim halten will, unter die Geheimhaltungspflicht fällt (bspw. persönliche und finanzielle Informationen über den Arbeitgeber oder einem Berufsgeheimnis unterliegende Informationen).⁷⁴ Weiter lassen sich in der Praxis die Berufserfahrung von den Kenntnissen, die sich aus den Umständen des Betriebes ergeben, oftmals schwierig abgrenzen⁷⁵, was folglich neben den arbeitsrechtlichen auch wettbewerbsrechtliche Fragen aufwirft.⁷⁶ Die Geheimhaltungspflicht gilt während des Arbeitsverhältnisses absolut, nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht sie lediglich noch in einem eingeschränkten Umfang.⁷⁷ Eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht manifestiert sich nicht nur in der

⁷² STÖCKLI, S. 259.

⁷³ ZK-STAEHLIN, N 42 zu Art. 321a OR.

⁷⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 zu Art. 321a OR.

⁷⁵ ZK-STAEHLIN, N 48 zu Art. 321a OR.

⁷⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 zu Art. 321a OR.

⁷⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 14 zu Art. 321a OR.

Mitteilung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen an Dritte, sondern auch durch Verwertung der Geheimnisse oder wenn diese Dritten zugänglich gemacht werden.⁷⁸

Bedeutungslos ist, auf welche Weise die Kenntnis dieser Tatsachen erlangt wird, entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Arbeitsverhältnisses von ihnen Kenntnis erlangt hat.⁷⁹

Auch Art. 321a Abs. 4 OR stellt eine dispositive Norm dar und kann daher durch Vereinbarung oder Vertrag abgeändert werden.⁸⁰

Somit darf der Mehrfachbeschäftigte der Geheimhaltungspflicht unterliegende Geheimnisse und Informationen grundsätzlich weder im privaten Rahmen Dritten noch im Rahmen eines Zweitarbeitsverhältnisses dem anderen Arbeitgeber mitteilen oder diesen zugänglich machen. Weiter darf er geheimhaltungspflichtige Geheimnisse und Informationen aus dem einen Arbeitsverhältnis nicht im Zusammenhang mit dem anderen Arbeitsverhältnis verwerten. Auch bei einer allfälligen Nebenbeschäftigung auf selbstständiger Basis dürfte es nicht zulässig sein, geschützte Geheimnisse und Informationen aus dem Arbeitsverhältnis zu verwerten (vorbehalten immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen).

4.3 Informationspflicht

Neben den Unterlassungspflichten ergibt sich aus der Treuepflicht auch die Pflicht zum aktiven Handeln, konkret eine Auskunftspflicht.⁸¹ Der Arbeitnehmer muss den Arbeitgeber über alle wesentlichen Aspekte seiner Arbeitstätigkeit wahrheitsgetreu, rechtzeitig und von sich aus orientieren.⁸² So müssen unter anderem vorhersehbare Absenzen frühzeitig und unvorhersehbare Absenzen umgehend dem Arbeitgeber gemeldet werden.⁸³ Den Arbeitnehmer kann auch eine Informationspflicht über seine Aktivitäten und Verpflichtungen in der Freizeit treffen, sofern sich diese auf seine Arbeit im Betrieb auswirken, bspw. wenn es dem Arbeitnehmer aufgrund familiärer Verpflichtungen nicht möglich ist, Überstunden zu leisten.⁸⁴

⁷⁸ GREBSKI, N 11 zu Art. 321a OR.

⁷⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 13 zu Art. 321a OR.

⁸⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 321a OR.

⁸¹ ZK-STAEHLIN, N 10 zu Art. 321a OR.

⁸² BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 26 zu Art. 321a OR.

⁸³ ZK-STAEHLIN, N 10 zu Art. 321a OR.

⁸⁴ STÖCKLI, S. 256.

Stöckli leitet zudem aus der Treuepflicht die Pflicht ab, den Arbeitgeber über konkurrenzierende entgeltliche Tätigkeiten zu informieren. Er betrachtet diese Informationspflicht gar als Offenbarungspflicht, was bedeutet, dass der Arbeitnehmer von sich aus informieren muss und nicht bloss auf Rückfrage des Arbeitgebers. Eine reine Auskunftspflicht würde dazu führen, dass jeder Arbeitgeber jeden Teilzeitbeschäftigten regelmässig und immer wieder fragen müsste, ob er konkurrenzierenden Tätigkeiten nachgehe, was wirklichkeitsfremd erscheint.⁸⁵

4.4 Sanktionen bei einer Verletzung der Treuepflicht

Verletzt der Arbeitnehmer seine Treuepflicht, kann der Arbeitgeber auf Unterlassung der Pflichtverletzung und Schadenersatz gemäss Art. 321e OR klagen (sofern ein Verschulden vorliegt), allfällige Disziplarmassnahmen ergreifen oder das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 337 OR fristlos auflösen.⁸⁶ Die Sanktion richtet sich nicht nach dem durch die Treuepflichtverletzung dem Arbeitgeber entstandenen Nachteil, sondern nach dem Mass der Treuelosigkeit.⁸⁷ Eine fristlose Entlassung ist somit bspw. nur bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zulässig, also bei einem schweren Verstoss gegen die Treuepflicht.⁸⁸

4.5 Zwischenfazit und Anwendung auf die Mehrfachbeschäftigung

Wie die vorangehenden Erläuterungen aufzeigen, wird die Treuepflicht nicht zwingend durch eine Mehrfachbeschäftigung verletzt. Konkurrenzieren sich die verschiedenen Tätigkeiten des Mehrfachbeschäftigten nicht und wird die Leistungsfähigkeit des Mehrfachbeschäftigten nicht beeinträchtigt, dürfte wohl kein Konflikt mit der Treuepflicht entstehen. An dieser Stelle soll nochmals erwähnt werden, dass nicht nur berufliche Mehrfach Tätigkeiten die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen können, so führen in der Praxis wohl nicht selten Freizeitaktivitäten oder familiäre Verpflichtungen zu Überlastungen und dadurch zu einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit. In Bezug auf die konkurrenzierenden Tätigkeiten ist es interessant zu erwähnen, dass die Mehrfachbeschäftigten in drei von vier Fällen ihre Haupt- und Nebenbeschäftigung in unterschiedlichen Branchen ausüben, wie dies im zweiten Kapitel erwähnt wurde.⁸⁹

⁸⁵ STÖCKLI, S. 258.

⁸⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 16 zu Art. 321a OR.

⁸⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 321a OR.

⁸⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 16 zu Art. 321a OR.

⁸⁹ Siehe Kap. 2.3.4 Mehrfachbeschäftigung nach ausgeübtem Beruf und Branchen, S. 9.

Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass es verschiedene Formen der Mehrfachbeschäftigung gibt und die Treuepflicht sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann, bemisst sich deren Umfang doch erheblich nach der Funktion und Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers. Zudem stellt die Treuepflicht eine dispositive Norm dar, somit kann sie bspw. durch eine Vereinbarung ausgedehnt werden. Daher muss wohl praktisch immer eine einzelfallbezogene Beurteilung vorgenommen werden, um überprüfen zu können, ob die Treuepflicht durch eine Mehrfachbeschäftigung verletzt wird oder nicht.

Der Informationspflicht des Arbeitnehmers kommt m. E. eine besonders grosse Bedeutung zu. Sie spielt für die Koordination eine sehr bedeutende Rolle und wird sie korrekt wahrgenommen, lassen sich wohl bereits viele Konflikte vorgängig vermeiden. Auch die Argumentation von Stöckli, gemäss der die Informationspflicht gar als Offenbarungspflicht angesehen werden kann und der Arbeitnehmer von sich aus über konkurrenzierende Nebentätigkeiten informieren muss, erscheint schlüssig und nachvollziehbar. Dies obwohl die Mehrfachbeschäftigung zunehmend beliebter wird und die Arbeitgeber daher künftig immer mehr damit rechnen müssen, dass Teilzeitarbeitnehmende mehreren Tätigkeiten nachgehen. Betreffend die Geheimhaltungspflicht dürften sich keine zusätzliche aus einer Mehrfachbeschäftigung entstehende arbeitsrechtliche Probleme ergeben. Die Rechtslage ist klar, so muss die Geheimhaltungspflicht ohnehin eingehalten werden und gilt unabhängig davon, ob einer oder mehreren Beschäftigungen nachgegangen wird.

Abschliessend kann gesagt werden, dass mittels offener und transparenter Kommunikation zwischen den involvierten Parteien sowie durch präzise vertragliche Regelungen viele arbeitsrechtliche Probleme hinsichtlich der Treuepflicht wohl schon im Entstehen verhindert werden können, bspw. durch den erwähnten Bewilligungsvorbehalt für Zweitstellen.

5 Arbeits- und Ruhezeit

Die Arbeitszeit dürfte im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung nicht selten zu Konfliktsituationen führen. Eine erste Herausforderung stellt die Arbeitszeiteinteilung dar. Zum einen müssen die verschiedenen Tätigkeiten miteinander koordiniert werden, zum anderen kann eine Veränderung der Arbeitszeit zu Kollisionen führen. So kann bspw. der Fall eintreten, dass es zu einer Arbeitszeitveränderung seitens des Arbeitgebers kommt, und der mehrfachbeschäftigte Arbeitnehmer infolge dessen zur gleichen Zeit an mehreren Arbeitsstellen anzutreten hat.⁹⁰ Kollisionen entstehen aber nicht nur mit Verpflichtungen aus mehreren Arbeitsverhältnissen, es ist auch an Kollisionen mit Verpflichtungen in der Freizeit zu denken. Weiter können sich aus der Überstundenarbeit Probleme ergeben, so tangieren unter Umständen Überstunden die ausserberufliche Zeit des Arbeitnehmers stark oder es entstehen auch aus der Überstunden-Arbeitspflicht Kollisionen.⁹¹ Wurde die Arbeitsleistung koordiniert und die Arbeitszeit eingeteilt, darf die Mehrfachbeschäftigung schlussendlich, wie bereits erwähnt, nicht dazu führen, dass die arbeitsgesetzlichen Vorschriften zur Arbeitszeit und Ruhezeit verletzt werden. Im Folgenden gilt es nun auf diese Punkte einzugehen.

5.1 Arbeitszeiteinteilung

Bevor die Auseinandersetzung mit den Problemen im Zusammenhang mit der Arbeitszeit begonnen werden kann, sollen zuerst die grundlegenden Fragen, wie die Arbeitszeit definiert und wonach diese bestimmt wird, geklärt werden.

Die Arbeitszeit wird weder im OR noch im ArG definiert, es findet sich lediglich in der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) eine Definition.⁹² So gilt gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat, als Arbeitszeit. Bestimmt wird die Arbeitszeit nach den Vereinbarungen im GAV oder EAV, wobei bei der Dauer und Lage der Arbeitszeit die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsgesetzes (ArG) zu berücksichtigen sind.⁹³

Für die Koordination der Arbeitsleistung in den verschiedenen Tätigkeiten ist grundsätzlich der mehrfachbeschäftigte Arbeitnehmer verantwortlich. Sie ist äusserst wichtig, denn nur mit einer guten Koordination kann bei einer Mehrfachbeschäftigung

⁹⁰ STÖCKLI, S. 254 f.

⁹¹ STÖCKLI, S. 255.

⁹² GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 312.

⁹³ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 311.

die verfügbare Arbeitszeit des Arbeitnehmers optimal genutzt werden. Wie gerade erläutert bestimmt sich die Arbeitszeit nach den vertraglichen Vereinbarungen, so schliesst der Arbeitnehmer mit seinen Arbeitgebern Arbeitsverträge ab und kann – allenfalls mit Blick auf die Koordination seiner Arbeitsleistung – die Arbeitszeiten verhandeln.⁹⁴ Neue Formen der arbeitnehmerorientierten variablen Arbeitszeit und die grössere Zeitsouveränität der Arbeitnehmer vereinfachen ausserdem die Umsetzung der Mehrfachbeschäftigung und ermöglichen diese eher.⁹⁵

Im Arbeitsvertrag sind jedoch meist nur die zum Zustandekommen notwendigen und grundlegenden Bestimmungen geregelt, eine Konkretisierung erfolgt oftmals erst im praktischen Arbeitsvollzug durch einseitige allgemeine Anordnungen oder besondere Weisungen des Arbeitgebers.⁹⁶ Gestützt auf das Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR steht es dem Arbeitgeber somit zu, den Beginn und das Ende der Arbeitszeit zu bestimmen und dementsprechend auch die Arbeitszeit zu verändern.⁹⁷

5.2 Arbeitszeitveränderung

Das Weisungsrecht erlaubt dem Arbeitgeber, die Arbeitszeit zu bestimmen und zu verändern. Die Weisungen des Arbeitgebers dürfen jedoch nicht willkürlich und ohne sachliche Begründung erlassen werden. Erlässt der Arbeitgeber gegenüber den verschiedenen Arbeitnehmern ohne sachliche Begründung ungleiche Weisungen und werden einzelne Arbeitnehmer zu Gunsten anderer benachteiligt, wird von Willkür gesprochen.⁹⁸ Willkür stellt aber nicht die einzige Schranke des Weisungsrechts dar, so ist der Arbeitgeber gehalten, nach dem Gebot der schonenden Rechtsausübung zu handeln, um in geringstmöglicher Weise in die Rechte des Arbeitnehmers einzugreifen.⁹⁹ Und auch die verfassungsmässigen und politischen Rechte des Arbeitnehmers können eine Schranke des Weisungsrechts bilden.¹⁰⁰

Stöckli leitet daraus ab, dass bei Kollisionen mit Verpflichtungen aus mehreren Arbeitsverhältnissen – also bspw. beim einleitend erwähnten Fall, dass der Arbeitnehmer aufgrund einer Arbeitszeitveränderung zur gleichen Zeit bei mehreren Arbeitsstellen anzutreten hat – eine ausserordentliche Arbeitseinsatzgestaltung hinter dem regulären

⁹⁴ BRUGGER, N 1041 ff.

⁹⁵ STÖCKLI, S. 255.

⁹⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 321d OR.

⁹⁷ STÖCKLI, S. 255.

⁹⁸ ZK-STAEHLIN, N 20 zu Art. 321d OR.

⁹⁹ STÖCKLI, S. 255.

¹⁰⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321d OR.

Einsatzplan eines anderen Arbeitsverhältnisses desselben Arbeitnehmers zurückstehen muss.¹⁰¹ Diese Ansicht erscheint m. E. nachvollziehbar. Hätte eine ausserordentliche Arbeitseinsatzgestaltung Vorrang, würde grundsätzlich immer das Risiko bestehen, den regulären Einsatzplan abändern zu müssen (natürlich kann es auch aus anderen Gründen, bspw. aufgrund von Krankheitsausfällen, zu einer Abänderung des Einsatzplans kommen), womit die Planungssicherheit sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer kaum mehr gewährleistet werden könnte.

Stöckli erwähnt ausserdem, dass auch Kollisionen mit Verpflichtungen in der Freizeit entstehen können (bspw. Vorstandssitzungen in Vereinen oder Kinderbetreuung) und sucht nach der Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung solcher Verpflichtungen gegenüber denjenigen aus einem anderen Arbeitsverhältnis. Daraus stellen sich die Fragen, wie die Gesellschaft unentgeltliche erbrachte Arbeit bewertet und ob Verpflichtungen in der Freizeit strikt zurückzustehen haben, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeit ändert.¹⁰² Dies sind an sich spannende Fragen, sie dürften jedoch für die Mehrfachbeschäftigung wiederum von geringer Relevanz sein, da es sich nicht um Kollisionen aus eigentlichen Arbeitstätigkeiten handelt und daher nicht Probleme auftreten, welche explizit durch eine Mehrfachbeschäftigung ausgelöst werden.

Schlussendlich geht Stöckli auch noch auf die Arbeit auf Abruf, eine Form variabler Arbeitszeit, ein. Trotz Flexibilisierung der Arbeitszeit sei es dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten, neben der Arbeit alle anderen Verpflichtungen unerfüllt zu lassen oder überhaupt keine solchen mehr einzugehen. In Deutschland ist bei Abrufarbeit eine Vorankündigungsfrist von vier Tagen einzuhalten, in der Schweiz sei eine solche starre Regelung eher undenkbar. So würden die Richter in der Schweiz wohl zu einer einzelfallbezogenen Beurteilung neigen. In jedem Fall sei jedoch der Arbeitgeber dazu verpflichtet, eine Stundenplanänderung mehrere Tage im Voraus bekanntzugeben.¹⁰³

5.3 Überstundenarbeit

Die Überstundenarbeit wird in Art. 321c OR geregelt. Auch an dieser Stelle soll zuerst geklärt werden, was unter Überstundenarbeit verstanden wird.

Überstundenarbeit liegt vor, wenn die übliche oder vereinbarte Arbeitszeit überschritten wird. Bei einem Teilzeitarbeitsverhältnis stellt die vertraglich vereinbarte Stundenzahl

¹⁰¹ STÖCKLI, S. 255.

¹⁰² STÖCKLI, S. 255.

¹⁰³ STÖCKLI, S. 255.

die normale Arbeitszeit dar. Überstundenarbeit wird somit geleistet, wenn die vereinbarte Stundenzahl überschritten wird, auch wenn diese unter der Stundenzahl einer Vollzeitstelle liegt.¹⁰⁴ Die Überstundenarbeit kann entweder durch Freizeit ausgeglichen (Art. 321c Abs. 2 OR) oder mit einem Lohnzuschlag von mindestens 25% abgegolten werden (Art. 321c Abs. 3 OR). Die Pflicht zur Leistung von Überstunden ist zwingend und kann somit nicht weggebunden werden; auch ein Verbot der Überstundenarbeit ist nicht möglich.¹⁰⁵

Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften begrenzen die Überstundenarbeit, sie darf jedoch nicht mit der Überzeitarbeit gemäss Art. 12 ArG verwechselt werden (auf das Arbeitsgesetz und insbesondere auf dessen Geltungsbereich wird zu einem späteren Zeitpunkt in dieser Arbeit detailliert eingegangen). Wird die gesetzliche Höchstarbeitszeit überschritten, liegt Überzeitarbeit vor. Somit stellt nicht jede Überstundenarbeit zugleich Überzeitarbeit dar.¹⁰⁶

Bereits an dieser Stelle soll erwähnt werden, dass das Arbeitsgesetz nach Art. 3 lit. d ArG auf leitende Angestellte nicht anwendbar ist. Bei leitenden Angestellten ist zudem von einer stillschweigenden Abrede einer längeren als der betriebsüblichen Arbeitszeit auszugehen und oft kennen leitende Angestellte auch keine vertraglich bestimmte Arbeitszeit, so dass grundsätzlich gar keine Überstunden auftreten können.¹⁰⁷ Aufgrund ihrer Position und der damit verbundenen Aufgaben wird von leitenden Angestellten erwartet, dass sie etwas mehr leisten als nur das übliche Pensum. Leitende Angestellte haben somit nur einen Anspruch auf Überstundenentschädigung, wenn vertraglich eine feste Arbeitszeit vereinbart wurde, zusätzliche Aufgaben über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinaus übertragen wurden oder die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden leistet.¹⁰⁸ Nicht abschliessend geklärt ist, wer als leitender Angestellter gilt. Der privatrechtliche Begriff des leitenden Angestellten ist nicht identisch mit dem öffentlich-rechtlichen Begriff des höheren leitenden Angestellten, welcher im Arbeitsgesetz verwendet wird.¹⁰⁹ So sind unter anderem Streiff/von Kaenel/Rudolph der Meinung, dass von einem eigenen privatrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten ausgegangen werden muss. Die

¹⁰⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 314.

¹⁰⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 6 zu Art. 321c OR.

¹⁰⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 321c OR.

¹⁰⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 321c OR.

¹⁰⁸ BGE 129 III 171, E. 2.1.

¹⁰⁹ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 10 f. zu Art. 321c OR.

Argumentation des Bundesgerichts, von leitenden Angestellten werde erwartet, dass sie etwas mehr leisten als das übliche Pensum, treffe in Wirklichkeit auch auf weitere gut bezahlte Hierarchiestufen als nur die obersten Entscheidungsebenen gemäss Art. 9 ArGV 1 zu.¹¹⁰

Anschliessend werden nun die Voraussetzungen für die Pflicht zur Leistung von Überstundenarbeit erläutert.

5.3.1 Notwendigkeit

Die Pflicht des Arbeitnehmers, Überstunden zu leisten, ist eine besondere Form der Treupflicht gemäss Art. 321a OR.¹¹¹ Ist Überstundenarbeit notwendig, hat der Arbeitnehmer sie zu leisten, auch dann, wenn sie vom Arbeitgeber nicht ausdrücklich angeordnet wurde.¹¹² Notwendig ist Überstundenarbeit etwa bei dringlichem oder ausserordentlichem Arbeitsanfall, bei der Inventaraufnahme, bei Schadensverhütung oder -beseitigung sowie beim Ausfall anderer Arbeitnehmer.¹¹³ Nicht notwendig ist Überstundenarbeit, wenn sie leicht hätte vermieden werden können (bspw. durch Beizug von Hilfskräften oder durch bessere Organisation), zudem spielt es keine Rolle, ob sie voraussehbar war oder überraschend kommt.¹¹⁴

5.3.2 Zumutbarkeit

Der Arbeitnehmer ist lediglich zur Leistung von Überstunden verpflichtet, wenn er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Kann der Arbeitnehmer bspw. aufgrund gesundheitlicher Probleme die Überstunden nicht leisten, steht es ihm zu, diese abzulehnen.¹¹⁵

Die Frage, ob dem Arbeitnehmer die Leistung von Überstunden zugemutet werden kann, hängt insbesondere von den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers ab. Gegen eine Zumutbarkeit können vor allem familiäre oder ehrenamtliche Verpflichtungen sprechen. Auch die Anordnung und die Dauer der Überstunden können einen Einfluss auf die Zumutbarkeit haben. So sind seit längerer Zeit angeordnete Überstunden eher

¹¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 zu Art. 321c OR.

¹¹¹ ZK-STAEHLIN, N 8 zu Art. 321c OR.

¹¹² BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321c OR.

¹¹³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 2 zu Art. 321c OR.

¹¹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321c OR.

¹¹⁵ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321c OR.

zumutbar als kurzfristig bekanntgegebene und Überstunden von kurzer Dauer sind ebenfalls eher zumutbar als lang andauernde Überstunden.¹¹⁶

Bei Teilzeiterwerbstätigen, und somit auch bei Mehrfach-Teilzeiterwerbstätigen, ist die Unzumutbarkeit eher zu bejahen als bei einem Vollzeitbeschäftigten.¹¹⁷ Die Teilzeitbeschäftigten werden in dieser Hinsicht bevorzugt, da der Arbeitgeber damit rechnen müsse, dass Teilzeitarbeitnehmer durch Familienarbeit oder weitere Arbeitsverhältnisse gebunden seien.¹¹⁸ In der Schweiz, anders als in Deutschland, wird jedoch nicht der Schluss gezogen, Teilzeitbeschäftigten sei es grundsätzlich unzumutbar, Überstunden zu leisten. Es wird eine Einzelfallbeurteilung vorgenommen und die Zumutbarkeit richtet sich nach den Beweggründen, welche den Arbeitnehmer dazu bewogen haben, einer Teilzeitarbeit nachzugehen.¹¹⁹ Stöckli lässt in diesem Zusammenhang der Informationspflicht des Arbeitnehmers, gestützt auf die Treuepflicht gemäss Art. 321a OR, grosse Bedeutung zukommen. Der Arbeitnehmer habe den Arbeitgeber über seine Verpflichtungen in der ausserberuflichen Zeit zu informieren, denn nur so könne der Arbeitgeber erkennen, dass die Kapazität des Arbeitnehmers ausgeschöpft sei und es ihm nicht zumutbar sei, Überstunden zu leisten.¹²⁰

5.4 Arbeitsschutzrecht

Das Arbeitsschutzrecht regelt verschiedene Bereiche. Bei Mehrfachbeschäftigungen dürfte die Problematik der Überschreitung der gesetzlich vorgeschriebenen Höchstarbeitszeit im Vordergrund stehen. Aber auch die Einhaltung der Ruhezeiten kann zu Problemen führen. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Höchstarbeits- und Ruhezeit finden sich im Arbeitsgesetz (ArG). An dieser Stelle soll kurz auf die Komplementarität zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht sowie den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes eingegangen werden.

Das Privatrecht und das öffentliche Recht verfolgen unterschiedliche Zwecke. Während das öffentliche Recht vor allem den Schutz der öffentlichen Gesundheit bezweckt, regelt das Privatrecht (OR) die Rechte und Pflichten der Parteien eines Arbeitsvertrages. Untersteht ein Arbeitsverhältnis sowohl dem OR als auch dem ArG, ergänzen sich die beiden Gesetze. Ein gutes Beispiel hierfür ist die Pflicht zur Leistung von Überstunden.

¹¹⁶ ZK-STAEHLIN, N 10 zu Art. 321c OR.

¹¹⁷ ZK-STAEHLIN, N 10 zu Art. 321c OR.

¹¹⁸ BONER, S. 85.

¹¹⁹ STÖCKLI, S. 256.

¹²⁰ STÖCKLI, S. 256.

Diese Pflicht wird in Art. 321c OR geregelt. Übersteigen aber diese Stunden die gesetzliche Höchstarbeitszeit, liegt Überzeit vor, welche in Art. 12 und 13 ArG geregelt ist.¹²¹

Beim Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes wird zwischen dem sachlichen und persönlichen Geltungsbereich unterschieden. Der sachliche Geltungsbereich ist in Art. 1 ArG geregelt. Das Arbeitsgesetz ist grundsätzlich auf alle öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar. Ein Betrieb liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt. Art. 2 ArG nennt Branchen, welche von der Anwendung des Arbeitsgesetzes ausgeschlossen sind, unter anderem der öffentliche Verkehr oder die Landwirtschaft.

Der persönliche Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes umfasst grundsätzlich alle Arbeitnehmer der unterstellten Betriebe. Art. 3 ArG zählt einzelne Gruppen auf, welche vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgeschlossen sind. Es sind dies bspw. die bereits erwähnten leitenden Mitarbeitenden, Wissenschaftler oder Lehrer an Privatschulen.

5.4.1 Höchstarbeitszeit

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit wird in Art. 9 ArG geregelt. Sie beträgt für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, 45 Stunden. Für alle übrigen Arbeitnehmer beträgt sie 50 Stunden.

Es wurde bereits erwähnt, dass für die Zulässigkeit der Mehrfachbeschäftigung vorausgesetzt wird, dass die arbeitsgesetzlichen Vorschriften unter Betrachtung aller Beschäftigungsverhältnisse insgesamt eingehalten werden müssen. Somit sind bei einer Mehrfachbeschäftigung die arbeitsgesetzlichen Regelungen zur Höchstarbeitszeit zwingend einzuhalten. Die Verantwortung zur Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften liegt vollumfänglich beim Arbeitgeber, bzw. bei den Arbeitgebern.¹²² Es besteht keine Rechtsgrundlage dafür, dass dies bei Mehrfachbeschäftigungen anders sein soll.¹²³

¹²¹ DUNAND, N 7 f. zu Art. 12 ArG.

¹²² Siehe Kap. 3 Zulässigkeit Mehrfachbeschäftigung, S. 12.

¹²³ VON KAENEL, N 42 zu Art. 9 ArG.

Im Hinblick auf die Mehrfachbeschäftigung handelt es sich bei den in Art. 9 ArG genannten Höchstarbeitszeiten um eine absolute Grenze, d. h. bei Teilzeitangestellten wird die gesetzliche Höchstarbeitszeit nicht dem prozentualen Anstellungsverhältnis entsprechend herabgesetzt. Für einen Arbeitnehmer, der zu 50% in einem Industriebetrieb angestellt ist, beträgt die wöchentliche Höchstarbeitszeit somit gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG 45 Stunden; also genau gleich wie für einen zu 100% Angestellten.¹²⁴ Wichtig zu erwähnen ist, dass das Arbeitsgesetz und das Privatrecht den Arbeitnehmerbegriff unterschiedlich definieren, so kann eine arbeitsgesetzlich relevante Mehrfachbeschäftigung auch bei unentgeltlicher Arbeit vorkommen.¹²⁵

Stöckli ist auch hier der Auffassung, dass den Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht eine Mitteilungspflicht gegenüber seinem Arbeitgeber trifft. So habe der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unaufgefordert und ungefragt über seine zusätzlichen Tätigkeiten zu informieren.¹²⁶ Ohne diese Information können die Arbeitgeber oftmals gar nicht von der Mehrfachbeschäftigung ihrer Angestellten wissen und können somit ihre Verantwortung zur Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften nicht wahrnehmen.¹²⁷ Kommt der Arbeitnehmer seiner Mitteilungspflicht nicht nach, könnte er wegen Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig werden und unter Umständen könnte es zu einer Verrechnung des Schadenersatzanspruchs mit dem Überzeitzuschlag kommen.¹²⁸

5.4.2 Überzeit

Wird die in Art. 9 ArG definierte wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten, liegt Überzeitarbeit vor. Die Bestimmungen zur Überzeitarbeit finden sich in Art. 12 und 13 ArG. Überzeitarbeit ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, so darf die Höchstarbeitszeit ausnahmsweise überschritten werden. Die Überzeitarbeit hat daher Ausnahmecharakter.¹²⁹ Die Gründe, welche die Überzeitarbeit rechtfertigen, werden in Art. 12 Abs. 1 lit. a bis c ArG aufgezählt.

Die Überzeitarbeit wird in diversen Fällen eingeschränkt.¹³⁰ Zum einen darf nach Art. 12 Abs. 2 ArG die Überzeit für den einzelnen Arbeitnehmer zwei Stunden am Tag nicht überschreiten, ausser an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen. Zum anderen

¹²⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 948.

¹²⁵ VON KAENEL, N 42 zu Art. 9 ArG.

¹²⁶ STÖCKLI, S. 259.

¹²⁷ VON KAENEL, N 42 zu Art. 9 ArG.

¹²⁸ STÖCKLI, S. 260.

¹²⁹ DUNAND, N 14 f. zu Art. 12 ArG.

¹³⁰ DUNAND, N 14 ff. zu Art. 12 ArG.

darf die Überzeit für Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden den Umfang von 170 Stunden pro Kalenderjahr nicht überschreiten. Für die Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden liegt die Grenze bei 140 Stunden pro Kalenderjahr. Weiter ist ausser in den in Art. 26 ArGV 1 genannten Fällen die Überzeitarbeit in der Nacht und an Sonntagen grundsätzlich verboten. Gemäss Art. 31 und Art. 36 Abs. 2 ArG bestehen zudem im Bereich der Überzeitarbeit besondere Schutzpflichten für jugendliche Arbeitnehmer resp. Arbeitnehmer mit Familienpflichten. In Bezug auf die Mehrfachbeschäftigung sind bei der Berechnung der überzeitrelevanten Arbeitszeit nur diejenigen Tätigkeiten zu berücksichtigen, welche im Arbeitsgesetz geregelt werden. So müssen sowohl die vom Arbeitnehmer ausgeübte Tätigkeit als auch der Arbeitgeber vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes erfasst sein.¹³¹ Bei den folgenden Fällen dürfte bspw. eine zusätzliche Tätigkeit bei der Berechnung der Überzeit nicht berücksichtigt werden:¹³²

- Ein Angestellter übt neben seiner Anstellung zusätzlich eine selbstständige Tätigkeit aus. Im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit wird der Arbeitnehmer nicht vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes erfasst, da er in diesem Fall nicht als Arbeitnehmer gemäss Art. 1 ArGV 1 gilt.
- Ein Arbeitnehmer geht einer zusätzlichen Tätigkeit für einen Arbeitgeber nach, welcher selbst nicht vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes erfasst wird.

Wird die körperliche oder geistige Gesundheit des Arbeitnehmers jedoch durch eine schwerwiegende übermässige zeitliche Inanspruchnahme gefährdet, kommt der allgemeine Gesundheitsschutz nach Art. 6 ArG zum Tragen. Der persönliche und betriebliche Geltungsbereich des allgemeinen Gesundheitsschutzes ist gemäss Art. 3a ArG weiter gefasst als derjenige der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften.¹³³ Wird die Gesundheit des Arbeitnehmers durch die Gesamttätigkeit beeinträchtigt und weiss der Arbeitgeber von der Mehrfachbeschäftigung oder hätte davon wissen müssen, so verletzt er diese Schutzbestimmung.¹³⁴

Schlussendlich stellt sich bei einer Mehrfachbeschäftigung die Frage, welchem Arbeitgeber die Überzeit anzurechnen ist, wenn die gesetzliche Höchstarbeitszeit nur

¹³¹ GREBSKI/PORTMANN, N 121.

¹³² GREBSKI/PORTMANN, N 122.

¹³³ GREBSKI/PORTMANN, N 125.

¹³⁴ SCHEIDEGGER/PITTELOU, N 12 ff. zu Art. 6 ArG.

unter gemeinsamer Betrachtung aller Arbeitsverhältnisse des Mehrfachbeschäftigten überschritten wird. Die Antwort auf diese Frage entscheidet unter anderem darüber, welcher Arbeitgeber die Überzeitzuschläge zu bezahlen hat. Ordnet ein Arbeitgeber ausserordentlich Überstunden an und führt dies unter gemeinsamer Betrachtung mit dem anderen Arbeitsverhältnis zu Überzeit, werden die Mehrstunden dem Arbeitgeber angerechnet, welcher die Überstunden ausserordentlich angeordnet hat. Entsteht durch ein zweites Arbeitsverhältnis von Beginn an Überzeit, sollte diese dem Zweitarbeitgeber angerechnet werden. Erhöht einer von mehreren Arbeitgebern die reguläre Arbeitszeit und wird die gesetzliche Höchstarbeitszeit erst dadurch überschritten, ist die Überzeit diesem Arbeitgeber anzurechnen.¹³⁵

5.4.3 Ruhezeit

Um die Zulässigkeit der Mehrfachbeschäftigung bejahen zu können, müssen neben den arbeitsgesetzlichen Vorschriften zur Arbeitszeit auch die Vorschriften zur Ruhezeit eingehalten werden. Die Vorschriften zur Ruhezeit dienen als Ergänzung zu den Vorschriften über die Arbeitszeit.¹³⁶ Die Ruhezeit wird durch die Vorschriften über Pausen, das Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit sowie die Ansprüche auf gewisse freie Tage bestimmt. Die folgenden Bereiche der Ruhezeit sind bei einer Mehrfachbeschäftigung zu beachten und könnten in der Praxis zu Problemstellungen führen.

5.4.3.1 Pausen

Die Pausen werden in Art. 15 ArG geregelt. Sie dienen der kurzfristigen Erholung des Arbeitnehmers und sollen ihm eine Möglichkeit zur Verpflegung geben, zudem sollen die Pausen die Überbeanspruchung des Arbeitnehmers und die daraus entstehende Gefahr von Arbeitsunfällen vermeiden.¹³⁷ Die Pausen sind auch dann einzuhalten, wenn der Arbeitnehmer am gleichen Tag für mehrere Arbeitgeber tätig ist.¹³⁸

Art. 15 ArG bestimmt in Abhängigkeit der täglichen Arbeitszeit die Mindestdauer der Pausen. Die Lehre ist sich jedoch darüber einig, dass das Gesetz insofern falsch formuliert ist, als dass es um die einzelne Arbeitsperiode geht und nicht um die tägliche

¹³⁵ VON KAENEL, N 43 zu Art. 9 ArG.

¹³⁶ MÜLLER, N 1 zu Art. 15 ArG.

¹³⁷ MÜLLER, N 4 zu Art. 15 ArG.

¹³⁸ BRUGGER, N 133.

Arbeitszeit.¹³⁹ Die Arbeitsperiode berechnet sich aus der tatsächlichen Arbeitszeit, abzüglich der in diesem Zeitraum eingelegten Pausen.¹⁴⁰

Im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung kann sich dies bspw. dann auf die Pausen auswirken, wenn ein mehrfachbeschäftigter Arbeitnehmer vormittags drei Stunden ununterbrochen für einen und nachmittags drei Stunden ununterbrochen für einen anderen Arbeitgeber arbeitet. So beträgt die gesamte tägliche Arbeitszeit des Mehrfachbeschäftigten zwar insgesamt sechs Stunden und er hätte daher gemäss dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 lit. a. ArG Anspruch auf 15 Minuten Pause. Da sich aber die Pausen nach den beiden Teilarbeitszeiten bzw. Arbeitsperioden, welche beide lediglich je drei Stunden betragen, richten und nicht nach der gesamten täglichen Arbeitszeit aus beiden Arbeitsverhältnissen, besteht im konkreten Beispiel kein Pausenanspruch gemäss Art. 15 ArG, da dieser erst ab einer Arbeitszeit von fünfeinhalb Stunden entsteht.

5.4.3.2 Zeitraum der Arbeit und tägliche Ruhezeit

Gemäss Art. 10 Abs. 3 ArG muss die Tages- und Abendarbeit des einzelnen Arbeitnehmers innerhalb von vierzehn Stunden liegen, bei Jugendlichen innerhalb eines Zeitraums von zwölf Stunden (Art. 31 ArG). Für die Mehrfachbeschäftigung heisst dies, dass zwischen dem Arbeitsbeginn beim ersten Arbeitgeber und dem Arbeitsende beim letzten Arbeitgeber höchstens vierzehn resp. zwölf Stunden liegen dürfen.

Den Arbeitnehmern ist eine tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren (Art. 15a ArG). Die tägliche Ruhezeit für Jugendliche bestimmt sich nach Art. 16 ArGV 5. Sie beträgt zwölf Stunden. Dem mehrfachbeschäftigten Arbeitnehmer muss somit vom Arbeitsende beim letzten Arbeitgeber bis zum Arbeitsbeginn (am nächsten Tag) beim gleichen oder bei einem anderen Arbeitgeber eine zusammenhängende Ruhezeit von mindestens elf Stunden, bzw. zwölf Stunden bei Jugendlichen, gewährt werden.

5.4.3.3 Ruhetag

Arbeitnehmende haben gemäss Art. 18 ff. ArG i.V.m. Art. 21 ArGV 1 einen Anspruch auf einen ganzen freien Tag pro Woche, grundsätzlich den Sonntag. Innerhalb von zwei Wochen muss mindestens einmal ein ganzer Sonntag als wöchentlicher Ruhetag unmittelbar vor oder nach der täglichen Ruhe frei gegeben werden (Art. 20 Abs. 1 ArG).

¹³⁹ MÜLLER, N 9 zu Art. 15 ArG.

¹⁴⁰ MÜLLER, N 9 zu Art. 15 ArG.

Der wöchentliche Ruhetag und die tägliche Ruhezeit müssen zusammen mindestens 35 aufeinander folgende Stunden ergeben (Art. 21 Abs. 2 ArGV 1). Demnach darf eine Mehrfachbeschäftigung nicht dazu führen, dass kein wöchentlicher Ruhetag genossen werden kann, zudem muss der Ruhetag innerhalb zweier Wochen mindestens einmal auf den Sonntag fallen.

5.4.3.4 Wöchentlicher freier Halbtage

Zusätzlich zum wöchentlichen Ruhetag hat der Arbeitnehmer gemäss Art. 21 ArG jede Woche einen Anspruch auf einen freien Halbtage, sofern die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr als fünf Tage verteilt wird. Die Arbeitnehmenden dürfen somit grundsätzlich nicht an mehr als fünfeinhalb Tagen pro Woche beschäftigt werden.¹⁴¹ Der freie Halbtage wird gewährt, wenn an einem Werktag der ganze Vormittag von sechs bis vierzehn oder der ganze Nachmittag von zwölf bis zwanzig Uhr arbeitsfrei bleibt.¹⁴² Die Bestimmungen zum freien Halbtage kommen auch bei der Teilzeitarbeit zur Anwendung.¹⁴³

5.5 Sanktionen bei Verletzung des Arbeitsgesetzes

Bereits wurde erwähnt, dass der Arbeitgeber für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften verantwortlich ist. Eine Mehrfachbeschäftigung ändert daran nichts. Hält der Arbeitgeber die Vorschriften nicht ein, hat er als Konsequenz mit einem Verwaltungs- und allenfalls mit einem Strafverfahren zu rechnen. Als Verwaltungsmassnahmen kommen die Abmahnung, die Verfügungsverfügung und der Verwaltungszwang in Frage. Als Folge dieser Massnahmen kann es unter anderem zu einer Busse oder einer Meldung bei den Strafverfolgungsbehörden kommen. Wird ein Strafverfahren eröffnet und kommt es anschliessend zu einer Verurteilung, droht bei vorsätzlicher Zuwiderhandlung eine Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen.¹⁴⁴

5.6 Zwischenfazit und Anwendung auf die Mehrfachbeschäftigung

Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer tragen eine grosse Verantwortung. Der Arbeitgeber ist dafür verantwortlich, dass die arbeitsgesetzlichen Vorschriften eingehalten werden, während der Arbeitnehmer für die Koordination seiner Arbeitsleistung verantwortlich ist. Zudem hat der Arbeitnehmer – ihn trifft

¹⁴¹ PORTMANN/BACHMANN, N 7 zu Art. 21 ArG.

¹⁴² PORTMANN/BACHMANN, N 8 zu Art. 21 ArG.

¹⁴³ PORTMANN/BACHMANN, N 11 zu Art. 21 ArG.

¹⁴⁴ HENSCH ANGELA/ACKERMANN CHRISTINE, S. 1 ff.

wahrscheinlich gar eine Mitteilungspflicht – seine Arbeitgeber über seine verschiedenen Arbeitstätigkeiten zu informieren. Nur so kann der Arbeitgeber vollumfänglich seiner Kontrollpflicht nachkommen, auf den Arbeitnehmer Rücksicht nehmen oder die Zumutbarkeit von einer Überstundenanordnung abschätzen.

Sind die Arbeitgeber über die Mehrfachbeschäftigung informiert und liegen innerhalb der gesetzlichen Schranken fixe, regelmässige und klar definierte Arbeitszeiten und Einsatzpläne vor – also ohne eine Anordnung von Überstundenarbeit oder eine ausserordentliche Anpassung der Arbeitseinsätze – dürfte die Mehrfachbeschäftigung im Bereich der Arbeits- und Ruhezeit grundsätzlich zu keinen grösseren Problemen führen. In diesem Fall ist die Planung der verschiedenen Arbeitseinsätze viel einfacher vorzunehmen und auch die Ruhezeiten können gut eingeplant werden. Eine Verletzung der gesetzlichen Vorschriften dürfte daher relativ schnell ersichtlich sein, bzw. wird diese wohl bereits bei der Koordination der Arbeitsleistungen festgestellt werden können, wenn die Arbeitszeiten und Ruhezeiten vorgängig bekannt sind. Auch die Erfassung der Arbeitszeiten und -einsätze dürfte leichter sein, was schlussendlich auch die Kontrolle durch den Arbeitgeber erleichtern wird.

Bei unregelmässigen Arbeitszeiten oder ausserordentlichen Arbeitszeitveränderungen dürfte die Planung schwieriger vorzunehmen sein, die Situation dürfte unübersichtlicher werden und es dürfte für die Arbeitgeber auch schwieriger werden, den Überblick zu behalten. Unter diesen Umständen steigt die Gefahr, dass es aufgrund einer Mehrfachbeschäftigung zu einem Verstoss gegen die arbeitsgesetzlichen Vorschriften kommt oder dieser Verstoss nicht festgestellt wird. Noch problematischer wird es, wenn die Arbeitgeber keine Kenntnis von der Mehrfachbeschäftigung ihres Arbeitnehmers haben, da sie so gar nicht von einem allfälligen durch die Mehrfachbeschäftigung ausgelösten Verstoss gegen das Arbeitsgesetz wissen können.

Ungelöst ist zudem die Problematik, wenn nicht alle Arbeitstätigkeiten des Mehrfachbeschäftigten vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes erfasst sind. Geht der Mehrfachbeschäftigte bspw. einer Vollzeittätigkeit nach, welche dem Arbeitsgesetz unterstellt ist, und hat nebenbei noch eine Nebenbeschäftigung, welche aber nicht vom Arbeitsgesetz erfasst ist, und diese führt dazu, dass die arbeitsgesetzlichen Höchstarbeitszeitvorschriften grundsätzlich überschritten werden, hat dies trotzdem keinerlei unmittelbare rechtliche Konsequenzen. Auch wenn beide Tätigkeiten als Arbeitstätigkeiten qualifiziert werden, sind aus arbeitsrechtlicher Sicht nur die

Arbeitstätigkeiten, welche vom Arbeitsgesetz erfasst werden, relevant. Ein Mehrfachbeschäftigter kann sich also in diesem Beispiel überarbeiten und dadurch seine Gesundheit gefährden. Solange aber die Höchstarbeitszeit bei der unterstellten Tätigkeit nicht überschritten wird, ist dies rechtlich komplett irrelevant, obwohl faktisch und unter Berücksichtigung aller Arbeitsverhältnisse die arbeitsgesetzlichen Vorschriften zur Höchstarbeitszeit verletzt werden. Denkt man an den eigentlich vom Arbeitsgesetz verfolgten Sinn und Zweck, nämlich den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden, ist diese ungelöste Problematik doch sehr bedenklich.

6 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Die allgemeine Fürsorgepflicht stellt das Gegenstück zur Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) dar. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zu bieten und dessen berechnete Interessen in guten Treuen zu wahren. Die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers enthält verschiedene Elemente und ist als solche nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt.¹⁴⁵

Es werden nun die Bereiche der Fürsorgepflicht, in welchen es im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung zu Konfliktsituationen kommen kann, thematisiert.

6.1 Freizeit

Art. 329 Abs. 1 und 2 OR gewähren dem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Woche einen freien Tag. Diese Bestimmung ist das privatrechtliche Gegenstück zu den bereits behandelten öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Art. 18 ff. ArG. Da Art. 18 bis 20a ArG zwingende privatrechtliche Wirkung haben, sind die privatrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 329 Abs. 1 und 2 OR nur für Arbeitsverhältnisse bedeutend, welche nicht dem Arbeitsgesetz unterstellt sind und für die auch keine anderen öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitsvorschriften gelten.¹⁴⁶ Der Unterschied zwischen den privatrechtlichen und den öffentlich-rechtlichen Normen liegt darin, dass gemäss OR die Sechs-Tage-Woche grundsätzlich möglich ist, während nur für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitsverhältnisse die Fünfeinhalb-Tage-Woche gilt.¹⁴⁷ Art. 329 Abs. 1 und 2 OR sind relativ zwingendes Recht, es darf somit vertraglich lediglich zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden (Art. 362 OR).

In Bezug auf die Mehrfachbeschäftigung bedeutet dies, dass aus arbeitsvertraglicher Sicht der Mindestanspruch an Freizeit gemäss Art. 329 OR durch eine Mehrfachbeschäftigung nicht beeinträchtigt werden darf.

6.2 Ferien

Der gesetzliche Ferienanspruch ist in Art. 329a OR geregelt. Der Arbeitnehmer hat jedes Dienstjahr einen Anspruch auf mindestens vier Wochen Ferien. Dem Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Altersjahr sind mindestens fünf Wochen Ferien zu gewähren. Bei

¹⁴⁵ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 1 ff. zu Art. 328 OR.

¹⁴⁶ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 8 ff. zu Art. 329 OR.

¹⁴⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 329 OR.

der Berechnung des Ferienanspruchs stützt das Gesetz auf das Dienstjahr ab, welches mit dem Stellenantritt beginnt. Es ist jedoch zulässig und stellt in der Praxis die Regel dar, dass als Berechnungsgrundlage das Dienstjahr durch das Kalenderjahr ersetzt wird.¹⁴⁸

Auch bei Art. 329a OR handelt es sich um eine relativ zwingende Bestimmung, sie darf also nur zugunsten des Arbeitnehmers verbessert werden (Art. 362 OR).

Das Ferienrecht steht auch dem Teilzeitarbeitnehmer, Kurzarbeiter oder dem temporär Angestellten zu. Ein zu 50% Angestellter hat bspw. ebenfalls den Anspruch auf mindestens vier Wochen Ferien; sein Anspruch wird aufgrund seines Arbeitspensums nicht von vier auf zwei Wochen halbiert. Auch die unregelmässige Leistung von einzelnen Arbeitseinsätzen wirkt sich nicht auf die Länge des Ferienanspruchs aus.¹⁴⁹

Sinn und Zweck der Ferien sind die körperliche und geistige Erholung sowie die Selbstverwirklichung des Arbeitnehmers. Die Ferien sollen es dem Arbeitnehmer ermöglichen, sich von der Arbeit zu entspannen. Zudem soll er am kulturellen, gesellschaftlichen, politischen und insbesondere auch am familiären Leben intensiver teilnehmen können.¹⁵⁰

Damit der Erholungszweck der Ferien erreicht werden kann, müssen die Ferien eine gewisse Mindestzeit dauern. Diesbezüglich findet sich in Art. 329c OR eine Regelung, wiederum eine relativ zwingende Norm, betreffend den Zusammenhang und Zeitpunkt der Ferien. So müssen dem Arbeitnehmer gemäss Art. 329c Abs. 1 OR mindestens zwei Wochen Ferien an einem Stück gewährt werden. Der Arbeitgeber hat die Arbeit entsprechend zu organisieren und muss sich beim Arbeitnehmer über den Ferienbezug erkundigen.¹⁵¹ Zudem ist er verantwortlich, dass der Arbeitnehmer seine Ferien grundsätzlich im laufenden Dienstjahr bezieht.¹⁵² Unklar ist jedoch, wie ein Verstoß gegen Art. 329c Abs. 1 OR sanktioniert wird.¹⁵³

Wie erwähnt findet sich in Art. 329c OR auch eine Regelung hinsichtlich des Ferienzeitpunkts. Gemäss Absatz zwei bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitgebers so weit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebs oder Haushaltes vereinbar ist. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer die Ferienfestsetzung frühzeitig anzuzeigen und muss die besonderen

¹⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 329a OR.

¹⁴⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 7 zu Art. 329a OR.

¹⁵⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 329a OR.

¹⁵¹ ZK-STAEHLIN, N 1 f. zu Art. 329c OR.

¹⁵² BGE 130 III 19, E. 3.2.

¹⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 329c OR.

Bedürfnisse des Arbeitnehmers (Familienverhältnisse, Hobbys, Erholungsbedürftigkeit etc.) berücksichtigen.¹⁵⁴ Im Zweifel gehen jedoch die Interessen des Arbeitgebers vor.¹⁵⁵

Anstatt jedem Arbeitnehmer individuell Ferien zu gewähren, besteht für den Arbeitgeber auch die Möglichkeit, Betriebsferien anzuordnen. Die Betriebsferien müssen den Arbeitnehmern rechtzeitig mitgeteilt werden. Während den Betriebsferien bleibt der ganze Betrieb oder Teile davon geschlossen. Der Arbeitnehmer ist dann verpflichtet, vorbehaltlich gewisser Ausnahmen, seine Ferien während den Betriebsferien zu beziehen. Auch hier gehen die betrieblichen Interessen an Betriebsferien den Interessen des Arbeitnehmers vor.¹⁵⁶

Die Herausforderung bei der Mehrfachbeschäftigung liegt in der Ferienkoordination, denn der Arbeitnehmer hat in allen Arbeitsverhältnissen gleichzeitig Ferien zu beziehen, da sich der Erholungszweck nur so erreichen lässt. Konkret bedeutet dies, dass die verschiedenen Arbeitgeber des Mehrfachbeschäftigten bei der Ferienplanung aufeinander Rücksicht nehmen müssen. Eine besondere Herausforderung dürfte der Fall, dass mehrere Arbeitgeber für unterschiedliche Zeiträume Betriebsferien vorsehen, darstellen. Nach Stöckli fordert dieser Umstand eine Verständigung unter den Arbeitgebern mit individueller Regelung. Weiter lässt Stöckli in diesem Zusammenhang wieder der Mitteilungspflicht grosse Bedeutung zukommen. Schliesslich ist er der Ansicht, dass sich der Arbeitnehmer bei Unterlassung seiner Mitteilungspflicht an alle Arbeitgeber nachträglich nicht auf die Berücksichtigung seiner Ferienwünsche (Art. 329 Abs. 2 OR) berufen kann.¹⁵⁷

6.3 Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers

Der Arbeitgeber hat während der Dauer des Arbeitsverhältnisses die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, insbesondere dessen Gesundheit, gebührend zu berücksichtigen und Massnahmen zum Schutz der Gesundheit zu treffen (Art. 328 OR). Schutz der Gesundheit bedeutet sowohl Schutz der physischen als auch der psychischen Gesundheit.¹⁵⁸ Dazu gehört auch, dass der Arbeitgeber eine zu starke Beanspruchung des Arbeitnehmers, welche zu einer Überlastung führen kann, vermeidet.¹⁵⁹

¹⁵⁴ ZK-STAEHLIN, N 9 f. zu Art. 329c OR.

¹⁵⁵ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 7 zu Art. 329c OR.

¹⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 329c OR.

¹⁵⁷ STÖCKLI, S. 257.

¹⁵⁸ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 11a zu Art. 328 OR.

¹⁵⁹ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 21b f. zu Art. 328 OR.

Die Überlastung der Arbeitnehmer stellt in der Praxis allgemein ein zunehmendes Problem dar.¹⁶⁰ Es ist nicht unvorstellbar, dass Mehrfachbeschäftigte einer noch viel grösseren Belastung ausgesetzt sind als «Einfachbeschäftigte». Sie erfahren bspw. Arbeitsdruck aus verschiedenen Arbeitstätigkeiten, müssen den Anforderungen mehrerer Arbeitgeber gerecht werden und sehen sich stets mit Koordinationsfragen aus den verschiedenen Arbeitstätigkeiten konfrontiert. Führt die Mehrfachbeschäftigung zur Beeinträchtigung des Gesundheitszustands des Mehrfachbeschäftigten und weiss der Arbeitgeber bzw. wissen die Arbeitgeber von der Mehrfachbeschäftigung ihres Arbeitnehmers, dürften die Arbeitgeber nach Art. 328 OR durchaus in der Verantwortung stehen, Massnahmen zu ergreifen, um bspw. die Überlastung ihres Arbeitnehmers zu vermeiden oder zu beseitigen.

6.4 Zwischenfazit und Anwendung auf die Mehrfachbeschäftigung

Die Ferienkoordination und insbesondere auch der Fall, dass mehrere Arbeitgeber für unterschiedliche Zeiträume Betriebsferien vorsehen, dürften die grössten Probleme bzw. Herausforderungen darstellen. Sinn und Zweck der Ferien ist die Erholung. Der Erholungszweck lässt sich nur erreichen, wenn der Arbeitnehmer in allen Arbeitsverhältnissen gleichzeitig Ferien beziehen kann. Allein dies dürfte in der Praxis nicht immer ganz leicht umzusetzen sein. Durch eine gute und vor allem frühzeitige Planung sowie durch eine offene Kommunikation mit den Arbeitgebern sollte es jedoch in den meisten Fällen möglich sein, in allen Arbeitsverhältnissen gleichzeitig Ferien zu beziehen und so den Erholungszweck der Ferien zu erreichen. Schwieriger wird es, wenn die Arbeitgeber des Mehrfachbeschäftigten für unterschiedliche Zeiträume Betriebsferien vorsehen. Der Arbeitnehmer hat seine Ferien dann grundsätzlich während den Betriebsferien zu beziehen und die betrieblichen Interessen an Betriebsferien gehen den Interessen des Arbeitnehmers vor. Wie Stöckli korrekt feststellt, bleibt in diesem Fall wohl einzig die Möglichkeit, dass sich die Arbeitgeber des Mehrfachbeschäftigten untereinander verständigen und eine individuelle Lösung suchen.

¹⁶⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17a zu Art. 328 OR.

7 Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung

Die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit kommt in der Praxis immer wieder vor und hat daher eine grosse praktische Relevanz. Nicht selten führt dabei eine Arbeitsverhinderung zu arbeitsrechtlichen Problemstellungen. Konkret geht es darum, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, wenn er an seiner Arbeitsleistung verhindert ist. Zusätzliche arbeitsrechtliche Schwierigkeiten dürften bei einer Arbeitsverhinderung eines mehrfachbeschäftigten Arbeitnehmers auftreten, bzw. es dürften sich zumindest Koordinationsfragen stellen.¹⁶¹

Der arbeitsrechtliche Schutz des Erwerbseinkommens bei einer Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers wird in Art. 324a OR geregelt. So hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn er aus Gründen, die in seiner Person liegen, und ohne Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert wird.

Zu erwähnen gilt es, dass eine Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers natürlich auch noch zu weiteren arbeitsrechtlichen Fragestellungen führen kann. Im Hinblick auf die Mehrfachbeschäftigung, und somit relevant für diese Arbeit, dürften im Zusammenhang mit einer Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers aber insbesondere bei der Thematik der Lohnfortzahlung arbeitsrechtliche Problemstellungen auftreten. Dieses Kapitel setzt sich somit nun mit den Koordinationsfragen rund um die Lohnfortzahlungspflicht bei einer Arbeitsverhinderung eines Mehrfachbeschäftigten auseinander.

7.1 Voraussetzungen des Lohnfortzahlungsanspruchs

Art. 324a Abs. 1 OR setzt voraus, dass der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, an der Arbeitsleistung verhindert wird. Das Gesetz enthält eine nicht abschliessende Aufzählung der Gründe (Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes). Der Arbeitnehmer ist an der Arbeitsleistung verhindert, wenn sie ihm unmöglich oder unzumutbar ist.¹⁶²

Der arbeitsrechtliche Begriff der Arbeitsunfähigkeit entspricht nicht dem sozialversicherungsrechtlichen Begriff der Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 6 ATSG. Der Begriff ist funktionsbezogen, so ist bspw. eine Sekretärin mit einem gebrochenen Bein unter Umständen arbeitsfähig, eine Skilehrerin hingegen nicht.¹⁶³ Im Gegensatz zum

¹⁶¹ BRUGGER, N 12.

¹⁶² BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 2 zu Art. 324a OR.

¹⁶³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 zu Art. 324a/b OR.

ATSG sind im Arbeitsrecht zudem die Begriffe Krankheit und Unfall nicht gesetzlich definiert. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist dies jedoch auch nicht notwendig, da die Rechtsfolgen gemäss Art. 324a OR an die Arbeitsverhinderung geknüpft sind. So führt nicht jede Krankheit zu einer Arbeitsunfähigkeit bzw. Arbeitsverhinderung und umgekehrt kann ein körperlicher Zustand, der nicht als Krankheit definiert wird, die Arbeit unzumutbar machen.¹⁶⁴

Ausserdem darf die Arbeitsverhinderung nicht durch ein Verschulden des Arbeitnehmers eingetreten sein, wobei ein leichtes Verschulden dem Arbeitnehmer nicht schadet, sondern nur ein offensichtliches Fehlverhalten.¹⁶⁵

Letztlich setzt Art. 324a Abs. 1 OR voraus, dass das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat (unbefristet) oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist (befristet). Bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis beginnt die Lohnfortzahlungspflicht mit dem auf den Ablauf einer Karenzfrist von drei Monaten folgenden Tag, ausser die Kündigungsfrist beträgt mehr als drei Monate; in diesem Fall wurde das Arbeitsverhältnis für mehr als drei Monate eingegangen und daher gilt keine Karenzfrist.¹⁶⁶ Wird ein befristeter Arbeitsvertrag für eine Dauer von mehr als drei Monaten abgeschlossen, hat der Arbeitnehmer von Anfang an einen Anspruch auf Lohnfortzahlung.¹⁶⁷ Es gilt zu erwähnen, dass es sich bei Art. 324a Abs. 1 OR wiederum um eine relativ zwingende Norm handelt, d. h. die Regelung kann zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden (Art. 362 OR).

7.2 Umfang des Lohnfortzahlungsanspruchs

Der Lohnanspruch soll so hoch sein wie der Lohn, den der Arbeitnehmer normalerweise erhalten würde, wenn er gearbeitet hätte.¹⁶⁸

Gemäss Art. 324a Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Was eine beschränkte Zeit ist, wird in Art. 324a Abs. 2 OR konkretisiert. So hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen. Für die Zeit ab dem zweiten Dienstjahr ist das Gesetz offen formuliert, was zu einer Ungewissheit führt. Um

¹⁶⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 324a/b OR.

¹⁶⁵ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 4 zu Art. 324a OR.

¹⁶⁶ BGE 131 III 623, E. 2.2 ff.

¹⁶⁷ BGE 131 III 623, E. 2.4 ff.

¹⁶⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 zu Art. 324a/b OR.

diese zu mildern, wurden Skalen (bspw. die Berner oder Basler Skala) erarbeitet, welche in der Praxis oft angewendet werden und welche die Dauer der Lohnfortzahlung ab dem zweiten Dienstjahr regeln.¹⁶⁹

7.3 Teilweise Arbeitsunfähigkeit

Unfall und Krankheit können auch zu einer nur teilweisen Arbeitsunfähigkeit führen, der Arzt drückt dies in einem Arbeitszeugnis meistens in Prozentzahlen aus (bspw. 50% arbeitsfähig).¹⁷⁰ Grundsätzlich ist es unbedeutend, ob es sich um eine vollständige oder teilweise Arbeitsfähigkeit handelt. In beiden Fällen besteht der Anspruch auf den vollen Lohn. Besteht eine teilweise Arbeitsunfähigkeit, ist der Arbeitnehmer jedoch verpflichtet, die verbliebende Arbeitsfähigkeit dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen.¹⁷¹

In der Praxis ist oftmals streitig, ob die teilweise Arbeitsunfähigkeit zu einer Verkürzung der Arbeitszeit pro Tag oder zu einer entsprechenden Reduzierung der Arbeitsleistung führt. Es muss eine Einzelfallbeurteilung unter Berücksichtigung der gesundheitlichen Störung vorgenommen werden. So ist bspw. bei einem Arbeitnehmer mit Rückenschmerzen, der tagsüber einige Stunden liegen muss, die Arbeitszeit zu reduzieren. Führt die gesundheitliche Störung jedoch lediglich zur Reduktion der Arbeitsgeschwindigkeit, dürfte die volle Arbeitszeit zu leisten sein.¹⁷² Müller geht hingegen davon aus, dass sich die Prozentangabe auf die zeitliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bei gleicher Leistung bezieht und sich das Arbeitszeugnis ohne andere Informationen so versteht, dass sich die tägliche Arbeitszeit prozentual verkleinert.¹⁷³ Auf jeden Fall sollte das Arztzeugnis sinnvollerweise entsprechende Hinweise enthalten, ansonsten sind die notwendigen Informationen beim Arzt einzuholen.¹⁷⁴

7.3.1 Lohnfortzahlungsdauer bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit

Die zeitliche Schranke des Lohnfortzahlungsanspruchs gemäss Art. 324a OR ist ein Lohnminimum und kein Zeitminimum. Der Arbeitgeber wird zu zeitlich verlängerten Lohnfortzahlungen verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer Arbeit im reduzierten Umfange leistet.¹⁷⁵ Ist bspw. ein Arbeitnehmer im ersten Dienstjahr für sechs Wochen 50%

¹⁶⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 324a/b OR.

¹⁷⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 zu Art. 324a/b OR.

¹⁷¹ GEISER, S. 324.

¹⁷² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 zu Art. 324a/b OR.

¹⁷³ MÜLLER, S. 174.

¹⁷⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 zu Art. 324a/b OR; MÜLLER, S. 174.

¹⁷⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 12 zu Art. 324a OR.

arbeitsunfähig, hat er Anspruch darauf, dass ihm die entsprechende Lohnhälfte während sechs – und nicht bloss drei – Wochen weitergezahlt wird; dieser Betrag entspricht dem gesamten Lohn für drei Wochen.¹⁷⁶ Dies darf heute als herrschende Lehre bezeichnet werden.¹⁷⁷

7.3.2 Verwertung der Restarbeitsfähigkeit

Wie bereits erwähnt hat der Arbeitnehmer bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit, dem Arbeitgeber seine verbleibende Arbeitsfähigkeit zur Verfügung zu stellen. Lehnt der Arbeitgeber diese ab, gerät er in Annahmeverzug und bleibt zur vollen Lohnfortzahlung verpflichtet. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer jedoch auch eine Arbeit zuweisen, welche die Beeinträchtigung des Arbeitnehmers berücksichtigt. Soweit diese Arbeit dem Arbeitnehmer zumutbar ist, entfällt die Lohnfortzahlungspflicht. Massgebend ist die konkrete Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers im Betrieb des Arbeitgebers und nicht die vom Arzt oft in Prozentzahlen ausgedrückte, abstrakte Beurteilung der Arbeitsfähigkeit.¹⁷⁸

7.3.3 Bei Teilzeitarbeit und Mehrfachbeschäftigung

Der Arbeitgeber muss unabhängig vom Arbeitspensum des Arbeitnehmers der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR nachkommen, sofern der Arbeitnehmer unverschuldet an seiner Arbeitsleistung verhindert ist; die Lohnfortzahlungspflicht gilt daher auch bei Teilzeitarbeitsverhältnissen.¹⁷⁹

Beim Teilzeitangestellten, der teilweise arbeitsunfähig ist, drängt sich jedoch die Frage auf, ob er bis zur vollständigen Ausnützung seiner verbleibenden Arbeitsfähigkeit seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellen muss oder ob auch bei einer Teilzeitstelle der Arbeitnehmer prozentual zu seiner Arbeitsunfähigkeit seine Arbeitsleistung zurückbehalten kann.¹⁸⁰

Ist bspw. ein zu 50% angestellter Arbeitnehmer 25% arbeitsunfähig, bleibt ihm folglich eine Restarbeitsfähigkeit von 75%. Diese ist höher als sein Beschäftigungsgrad. Ist der Arbeitnehmer nun verpflichtet, seiner arbeitsvertraglichen Pflicht vollständig

¹⁷⁶ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 18 zu Art. 324a OR.

¹⁷⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15/25 zu Art. 324a/b OR.

¹⁷⁸ ZK-STAEHLIN, N 7 zu Art. 324a OR.

¹⁷⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 14 zu Teilzeitarbeit.

¹⁸⁰ GEISER, S. 324.

nachzukommen oder muss er lediglich 37,5% (50% von 75%) seiner üblichen Arbeitszeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stellen?¹⁸¹

Die Lehre scheint sich darüber einig zu sein, dass bei einer Teilzeitstelle eine proportionale Reduktion der Arbeitstätigkeit vorzunehmen ist.¹⁸² Dem Teilzeitangestellten sei es nicht zuzumuten, die ganze Arbeitsunfähigkeit auf seine Freizeit zu nehmen, so ist er grundsätzlich frei, die ihm verbleibende Zeit so zu gestalten, wie er will; insbesondere kann er in dieser Zeit auch einer weiteren Arbeitstätigkeit nachgehen.¹⁸³ Neben allfälliger Arbeit, die für einen anderen Arbeitgeber geleistet wird, hat der Teilzeitangestellte in seiner übrigen Zeit unter Umständen auch andere Pflichten (bspw. familiärer Natur) zu erfüllen, weshalb die Teilarbeitsfähigkeit nicht einfach der übrigen Zeit belastet werden darf.¹⁸⁴ Konkret bedeutet dies, dass ein zu 50% angestellter Arbeitnehmer bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50% ein Arbeitspensum von 25% zu leisten hat.¹⁸⁵

Hervorzuheben gilt es, dass eine generelle Arbeitsunfähigkeit nicht existiert.¹⁸⁶ Ist der Arbeitnehmer unfähig, eine bestimmte Teilzeitarbeit auszuführen, heisst dies nicht ohne weiteres, dass es er auch unfähig ist, einer anderen Teilzeitarbeit nachzugehen.¹⁸⁷ Die Arbeitsunfähigkeit ist daher für jeden Bereich separat abzuklären und festzulegen.¹⁸⁸ Dies ist insbesondere für die Mehrfachbeschäftigung bedeutsam, da die Arbeitsunfähigkeit somit für jedes Arbeitsverhältnis individuell geprüft und durch ein Arzteugnis belegt werden muss.¹⁸⁹

Brugger ist der Ansicht, dass der Arzt deshalb für jedes Arbeitsverhältnis ein separates Arzteugnis ausstellen und für die Ermittlung der entsprechenden Arbeitsunfähigkeitsgrade die gesamte Arbeits- und Freizeitsituation des Arbeitnehmers kennen muss. Dabei sei jede Teilzeitarbeit mit 100% zu bemessen, wovon die prozentuale Arbeitsunfähigkeit festgelegt wird. Nur so könne dem Umstand Rechnung getragen werden, dass jedes Arbeitsverhältnis separat betrachtet werden muss.¹⁹⁰

¹⁸¹ GEISER, S. 324.

¹⁸² GEISER, S. 324 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 12 zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 zu Art. 324a/b OR; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 19 zu Art. 324a OR.

¹⁸³ GEISER, S. 324 f.

¹⁸⁴ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 19 zu Art. 324a OR.

¹⁸⁵ BRUGGER, N 348.

¹⁸⁶ BRUGGER, N 1046.

¹⁸⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 12 zu Art. 324a OR.

¹⁸⁸ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 19 zu Art. 324a OR.

¹⁸⁹ BRUGGER, N 351.

¹⁹⁰ BRUGGER, N 1047.

7.3.4 Sonderfragen

Wenn parallel mehrere Arbeitsverhältnisse vorliegen, stellen sich bei einer Arbeitsverhinderung gewisse Sonderfragen.¹⁹¹

So muss zum einen der Fall der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, also der Fall, dass der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Arbeitsstelle an der Arbeit verhindert ist, betrachtet werden. Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit tritt in der Praxis häufig dann auf, wenn der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz psychischen Belastungen (bspw. wegen eines Konflikts) ausgesetzt ist.¹⁹² Der Arbeitgeber muss auch hier seiner Lohnfortzahlungspflicht nachkommen, er hat jedoch das Recht, während der Kündigungsfrist Freizeitguthaben (Ferien-, Feiertags- oder Überstundenguthaben) zu kompensieren, da der Arbeitnehmer grundsätzlich fähig wäre, Freizeit zu geniessen. Es stellt sich dann die Frage, wie der fiktive Kompensationsabzug zu berechnen ist. Beim Kompensationsabzug gilt es auch die parallelen Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen und wenn der mehrfachbeschäftigte Arbeitnehmer neben der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit in den parallelen Arbeitsverhältnissen aus einem anderen Grund ebenfalls an der Arbeit verhindert sein sollte, müsste dies beim Kompensationsabzug berücksichtigt werden.¹⁹³

Zum anderen fragt sich, wie mit einer fehlenden Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit umgegangen werden muss. Der Arbeitgeber kommt in Annahmeverzug nach Art. 324 OR und bleibt zur Lohnfortzahlung verpflichtet, wenn er dem Arbeitnehmer im Rahmen der verbleibenden Restarbeitsfähigkeit keine Ersatzarbeit zuweisen kann.¹⁹⁴ Aus der Treupflicht des Arbeitnehmers könnte Folgendes abgeleitet werden: Der Mehrfachbeschäftigte steht in mehreren Arbeitsverhältnissen, er hat daher allenfalls die Möglichkeit, seine nicht verwertbare Restarbeitsfähigkeit in der einen Arbeitsstelle in einer der anderen Tätigkeiten zu nutzen, indem er dort sein Pensum erhöht und dadurch den in Annahmeverzug geratenen Arbeitgeber entlastet. Hierfür bedarf es jedoch einer Parteivereinbarung und die Arbeitskompetenz muss dem Arbeitnehmer vertraglich zugewiesen worden sein.¹⁹⁵ Es ist ausserdem an die Möglichkeit einer Verweistätigkeit zu denken, soweit die gesundheitliche Einschränkung diese zulässt. Der Arbeitgeber kann so trotzdem das noch vorhandene Arbeitspotential des Arbeitnehmers ausschöpfen und

¹⁹¹ BRUGGER, N 1051 ff.

¹⁹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 324a/b OR.

¹⁹³ BRUGGER, N 1052.

¹⁹⁴ BRUGGER, N 1053.

¹⁹⁵ BRUGGER, N 1055 ff.

bezahlt dafür den normalen Lohn; eine Lohnfortzahlung wäre in diesem Fall nicht geschuldet. Unter Umständen übt der Mehrfachbeschäftigte verschiedene Tätigkeiten aus und hat daher breitere Fähigkeiten und Fachkenntnisse, was für eine Verweistätigkeit von Vorteil sein kann, bzw. diese erleichtern dürfte.¹⁹⁶

Schlussendlich stellt sich noch die Frage, ob bei einer Mehrfachbeschäftigung die Restarbeitsfähigkeit auf eine Arbeitsstelle konzentriert werden kann. Ist bspw. ein Arbeitnehmer mit zwei 50%-Arbeitsstellen in beiden Arbeitsstellen zu 50% arbeitsunfähig, könnte das bisherige Arbeitspensum an der einen Arbeitsstelle beibehalten und dafür der anderen Arbeitsstelle komplett ferngeblieben werden. Dies bedingt wohl aber ein Ausgleichssystem zwischen den Arbeitgebern, da kaum ein Arbeitgeber die volle Lohnfortzahlung übernimmt und freiwillig auf die verbleibende Restarbeitsfähigkeit verzichtet. Sind die Parteien einverstanden, dürfte eine Konzentration der Restarbeitsfähigkeit auf eine Arbeitsstelle zulässig sein.¹⁹⁷

7.4 Regress

Der Arbeitgeber ist auch dann zur Lohnfortzahlung verpflichtet, wenn ein Dritter die Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung verschuldet hat. Der Arbeitnehmer hat keinen Schadensanspruch gegenüber dem Dritten, da er durch die Lohnfortzahlung seinen Erfüllungsanspruch aus Vertrag behält. Der Arbeitgeber wird zwar durch die Lohnfortzahlung in seinem Vermögen geschädigt, hat jedoch gegenüber dem Dritten auch keinen Schadensersatzanspruch geltend machen, da es an der Widerrechtlichkeit der Schädigung fehlt. Auch ein Regressanspruch nach Art. 52 Abs. 2 OR kommt nicht in Frage, da er nicht zu den in Art. 51 OR genannten Haftpflichtigen gehört und er unabhängig vom schädigenden Ereignis seine gesetzliche oder vertragliche Leistungspflicht zu erfüllen hat.¹⁹⁸

Das Bundesgericht gesteht dem Arbeitgeber jedoch einen Regressanspruch zu, da sich im Gesetz keine Regelung bezüglich des Regressanspruchs des Arbeitgebers findet und daher eine Gesetzeslücke vorliegt, welche in Analogie zu Art. 51 Abs. 2 OR zu schliessen ist. Der Arbeitgeber hat daher einen Regressanspruch gegenüber einem aus unerlaubter Handlung, Gesetz oder Vertrag Haftpflichtigen.¹⁹⁹

¹⁹⁶ BRUGGER, N 1063 ff.

¹⁹⁷ BRUGGER, N 1059 ff.

¹⁹⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 14 zu Art. 324a OR.

¹⁹⁹ BGE 126 III 521, E. 2 a) f.

In Bezug auf die Mehrfachbeschäftigung ist an den Fall zu denken, dass der eine Arbeitgeber des Mehrfachbeschäftigten für die Arbeitsunfähigkeit verantwortlich ist, welche dazu führt, dass der Mehrfachbeschäftigte auch bei seinem anderen Arbeitgeber an der Arbeitsleistung verhindert ist. Der Arbeitgeber, der die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht verschuldet hat, hat daher allenfalls einen Regressanspruch gegenüber dem anderen Arbeitgeber, welcher die Arbeitsunfähigkeit zu verantworten hat.

7.5 Zwischenfazit und Anwendung auf die Mehrfachbeschäftigung

Zentral und für die Mehrfachbeschäftigung von grösster Bedeutung ist die Tatsache, dass keine generelle Arbeitsunfähigkeit existiert. Hat der Mehrfachbeschäftigte bspw. zwei Teilzeitarbeitsstellen und ist er unfähig die eine Teilzeitarbeit auszuführen, heisst dies nicht zwingend, dass er auch unfähig ist, der anderen Teilzeitarbeit nachzugehen. Die Arbeitsunfähigkeit ist daher für jedes Arbeitsverhältnis individuell zu prüfen. Auch die Ansicht von Brugger, dass der Arzt deshalb für jedes Arbeitsverhältnis ein separates Arzteugnis ausstellen muss, scheint seine Berechtigung zu haben.

Ist der Mehrfachbeschäftigte zu 100% arbeitsunfähig, und gilt diese Arbeitsunfähigkeit für alle Arbeitsverhältnisse, dürften im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlung keine zusätzlichen Probleme durch die Mehrfachbeschäftigung entstehen. Hingegen stellen sich gewisse Fragen, wenn eine arbeitsplatzbezogene oder teilweise Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

Bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit muss der fiktive Kompensationsabzug berechnet werden. Ist der Mehrfachbeschäftigte neben der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit auch in einem parallelen Arbeitsverhältnis an der Arbeit verhindert, jedoch aus einem anderen Grund, muss dies bei der Berechnung des Kompensationsabzuges berücksichtigt werden.

Besteht eine teilweise Arbeitsunfähigkeit ist insbesondere fraglich, wie mit einer fehlenden Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit umgegangen wird und ob eine Restarbeitsfähigkeit auf eine Arbeitsstelle konzentriert werden kann. Bei einer fehlenden Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit besteht unter Umständen die Möglichkeit einer Verweistätigkeit oder, dass der Mehrfachbeschäftigte seinen in Annahmeverzug geratenen Arbeitnehmer entlastet, indem er seine verbleibende Restarbeitsfähigkeit in einer seiner anderen Arbeitsstellen nutzt. Die Konzentration der Restarbeitsfähigkeit auf eine Arbeitsstelle ist grundsätzlich zulässig, sofern die Parteien einverstanden sind, dürfte

jedoch in der Praxis wohl eher selten vorkommen, da dies ein Ausgleichssystem zwischen den Arbeitgebern bedingen würde.

8 Schlussteil

In der Schweiz gehen bereits über 350'000 Erwerbstätige mehr als einer Beschäftigung nach, Tendenz steigend. Die Mehrfachbeschäftigung ist beliebt und wird wohl noch beliebter werden, bietet sie doch insbesondere den Arbeitnehmenden einige Vorteile. Seien es die finanziellen Vorteile, die Abwechslung im Arbeitsalltag oder die Diversifikationsmöglichkeiten. Die anhaltende Flexibilisierung in der Arbeitswelt erleichtert es zudem, einer Mehrfachbeschäftigung nachgehen zu können, was somit auch ein Grund dafür sein könnte, dass die Mehrfachbeschäftigung in Zukunft noch öfter vorkommen wird.

Wie die Analyse des aktuellen Rechtszustands in der Schweiz aufgezeigt hat, ergeben sich aus einer Mehrfachbeschäftigung jedoch verschiedene arbeitsrechtliche Probleme. Zum Teil ist zudem unklar, wie das schweizerische Arbeitsrecht mit dem Phänomen Mehrfachbeschäftigung umgeht, daher liegen auch ungelöste Problematiken vor.

Neben den verschiedenen Formen der Mehrfachbeschäftigung gibt es auch verschiedene Arten von Tätigkeiten. Eine erste Herausforderung stellt in der Praxis die Klassifizierung der Tätigkeiten dar, so muss festgestellt werden, ob es sich bei den einzelnen Tätigkeiten überhaupt um eine Arbeitstätigkeit handelt, da aus arbeitsrechtlicher Sicht grundsätzlich nur Mehrfachbeschäftigungen, welche aus Arbeitstätigkeiten bestehen, von Relevanz sind.

Ist geklärt, ob eine aus arbeitsrechtlicher Sicht relevante Mehrfachbeschäftigung vorliegt, drängt sich die Frage auf, ob die Mehrfachbeschäftigung zulässig ist. In der Schweiz findet sich keine gesetzliche Bestimmung, welche die Mehrfachbeschäftigung im Grundsatz verbietet. Einzig mit Blick auf das Arbeitsgesetz wird die Bedingung aufgestellt, dass die arbeitsgesetzlichen Vorschriften durch eine Mehrfachbeschäftigung nicht verletzt werden dürfen. Dass die Mehrfachbeschäftigung grundlegend als zulässig betrachtet werden darf, bedeutet jedoch nicht, dass aufgrund einer Mehrfachbeschäftigung keine Konflikte mit gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen auftreten können. Das Schweizer Arbeitsrecht beinhaltet verschiedene Bereiche, welche durch eine Mehrfachbeschäftigung tangiert werden können.

Einerseits ist es fraglich, wie und ob eine Mehrfachbeschäftigung mit der gesetzlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers zu vereinbaren ist. Hierzu kann gesagt werden, dass eine Mehrfachbeschäftigung nicht generell zu einer Verletzung der Treuepflicht führt. Die

Treuepflicht des Arbeitnehmers ist sehr individuell ausgestaltet, hängt sie doch stark von der Funktion und den Aufgaben des Arbeitnehmers ab. Zudem lassen sich mit Blick auf die Treuepflicht gewisse Tätigkeiten sehr gut miteinander kombinieren, während andere Tätigkeiten sehr heikel miteinander zu kombinieren sind. Daher gilt es eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen, um die Reichweite der Treuepflicht festzulegen und zu überprüfen, ob die verschiedenen Tätigkeiten miteinander vereinbar sind.

Ein weiteres Problemfeld stellt die Arbeits- und Ruhezeit dar. Zum einen dürfen durch eine Mehrfachbeschäftigung die arbeitsgesetzlichen Vorschriften nicht verletzt werden, zum anderen können durch Arbeitszeitveränderungen oder Überstundenanordnungen Kollisionen zwischen den Verpflichtungen aus den einzelnen Arbeitstätigkeiten entstehen. Unklar ist zudem, wie damit umgegangen wird, wenn nicht alle Tätigkeiten des Mehrfachbeschäftigten – auch wenn es sich um Arbeitstätigkeiten handelt – dem Arbeitsgesetz unterstellt sind und dieses infolgedessen bei der Betrachtung der gesamten Mehrfachbeschäftigung nicht anwendbar ist.

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers stellt das Gegenstück zur Treuepflicht des Arbeitnehmers dar. Wie bei der Treuepflicht können auch bei der Fürsorgepflicht gewisse Elemente durch die Mehrfachbeschäftigung tangiert werden. Insbesondere beim Ferienrecht dürften die bei einer Mehrfachbeschäftigung involvierten Parteien vor Herausforderungen gestellt sein. Damit der Erholungszweck der Ferien erreicht werden kann, muss der Mehrfachbeschäftigte in allen Arbeitsverhältnissen gleichzeitig Ferien beziehen können, was bereits die erste Koordinationsschwierigkeit darstellt. Zusätzliche Schwierigkeiten treten dann auf, wenn der Fall eintritt, dass die einzelnen Arbeitgeber des Mehrfachbeschäftigten für unterschiedliche Zeiträume Betriebsferien vorsehen und der Mehrfachbeschäftigte seine Ferien grundsätzlich während den angeordneten Betriebsferien zu beziehen hat.

Zuletzt stellen sich verschiedene Fragen zur Lohnfortzahlungspflicht, wenn der Mehrfachbeschäftigte aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit an der Arbeitsleistung gehindert ist. Klar festzuhalten gilt es, dass keine generelle Arbeitsunfähigkeit existiert und die Arbeitsunfähigkeit daher grundsätzlich für jede Arbeitstätigkeit gesondert ermittelt werden muss. Fragen werden bei einer arbeitsplatzbezogenen und insbesondere bei einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit auftreten. Es stellen sich die Fragen, wie die Restarbeitsfähigkeit verwertet werden kann und wie mit einer fehlenden Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit umgegangen werden muss.

Wie die vorliegende Arbeit aufgezeigt hat, können bei einer Mehrfachbeschäftigung verschiedenste arbeitsrechtliche Problemstellungen auftreten. Viele – mit Sicherheit nicht alle – dieser Probleme lassen sich wohl aber bereits im Entstehen verhindern, indem der Mehrfachbeschäftigte die Arbeitgeber über seine Mehrfachbeschäftigung informiert. In gewissen Bereichen trifft den Mehrfachbeschäftigten gar eine Informationspflicht. Ebenso dürften sich durch geeignete arbeitsvertragliche Regelungen oder sonstige Vereinbarungen zahlreiche arbeitsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit einer Mehrfachbeschäftigung verhindern lassen.

Abschliessend fragt es sich, ob explizite gesetzliche Regelungen zur Mehrfachbeschäftigung nötig sind – insbesondere um die ungelösten Problematiken zu lösen – gehen in der Schweiz die Gesetze doch immer noch von einer Vollerwerbstätigkeit aus. In gewissen Bereichen dürften explizite gesetzliche Regelungen zur Mehrfachbeschäftigung mit Sicherheit hilfreich sein und mehr Klarheit schaffen. In einigen Bereichen ist es jedoch auch zweifelhaft, ob generelle gesetzliche Vorschriften zur Mehrfachbeschäftigung sinnvoll wären und ob dadurch die bestehenden Probleme zufriedenstellend gelöst werden könnten. So gibt es doch verschiedene Konstellationen der Mehrfachbeschäftigung mit unterschiedlichen Ausprägungen, weshalb oftmals eine individuelle Einzelfallbeurteilung vorgenommen werden muss. Auch zu der bereits seit längerer Zeit etablierten Arbeitsform der Teilzeitarbeit finden sich im Gesetz grundsätzlich nach wie vor keine expliziten Bestimmungen.

Da die Mehrfachbeschäftigung in Zukunft wohl immer öfter vorkommen wird – und dadurch evtl. auch immer mehr arbeitsrechtliche Probleme entstehen – kann trotzdem nicht ausgeschlossen werden, dass sich das Schweizer Arbeitsrecht in Bezug auf die Mehrfachbeschäftigung weiterentwickeln muss. Allenfalls werden in Zukunft Ergänzungen oder zusätzliche Bestimmungen zu neuen oder immer häufiger vorkommenden Arbeitsformen, wie der Mehrfachbeschäftigung nötig werden, damit die zurzeit ungelösten oder künftig neu auftretenden Problematiken gelöst werden können.

Es kann jedoch gesagt werden, dass sich wohl das gesamte Arbeitsrecht weiterentwickeln muss, und wahrscheinlich auch wird, hat sich doch die Arbeitswelt in der Schweiz in den letzten Jahren allgemein stark verändert und wird sich auch in Zukunft noch weiter verändern.

Wahrheitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst habe.

Gleichzeitig nehme ich zur Kenntnis, dass die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse dieser Arbeit bei der ZHAW liegen. Das Recht auf Nennung der Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Bern, 25. Mai 2022

Gianluca Levratti